

Fr 79) II 47
J. MUSY

La tentative complexe et le Désistement volontaire

THÈSE DE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG (SUISSE)



FRIBOURG

IMPRIMERIE DE L'ŒUVRE DE SAINT-PAUL

—
1905

J. MUSY

La tentative complexe et le Désistement volontaire

THÈSE DE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG (SUISSE)



FRIBOURG

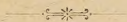
IMPRIMERIE DE L'ŒUVRE DE SAINT-PAUL

—
1905

A mes chers Parents

En témoignage de reconnaissance

LISTE DES OUVRAGES CONSULTÉS



1. DR. LISZT. — *Lehrbuch des deutschen Strafrechts.*
2. SCHLECHT, ANTON. — *Zur Lehre vom qualifizierten Versuche.*
3. BAUER. — *Lehrbuch des Strafrechts.*
4. BERNER. — » » »
5. KARL KLEE. — *Wille und Erfolg in der Versuchlehre.*
6. HEPP. — *Versuch über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft.*
7. MUYARD DE VOUGLANS. — *Inst. au droit criminel.*
8. LELIÈVRE.
9. PEMICE. — *Labeo.*
10. YANKA. — *Österreichisches Strafrecht.*
11. CHOPP. — *Über die Grenzen zwischen Vorbereitung und Versuch.*
12. PAROOLI. — *La tentative diss. Geneveve, 1800.*
13. HENRI GALLEY. — *1899. Notion de la tentative punissable.*
14. SAUTOIS. — *Principes théoriques de la tentative punissable.*
Annales des Universités de Belgique, année 1846.
15. BIRTHMEYER. — *Rechtsphilosophie. Vorlesung Munich, 1900.*
16. LUDEN. — *Abhandlungen.*
17. KOHLER. — *Rechtsphilosophie. Vorlesung Berlin, 1900.*
18. DR. RHEIN, W. — *Criminalrecht der Röm.*
19. SEEGER HERMANN. — *Der Versuch der Verbrechen. Thübingen, 1879.*
20. KRUG, OTTO. — *Lehre vom Versuch der Verbrechen. 1854.*
21. DEMBURG. — *Pandekten.*
22. CZYPHARY. — *Institutionen.*
23. HERZOG. — *Rücktritt vom Versuche und tätige Reue.*
24. MOMSEN. — *Römisches Strafrecht.*
25. JOUSSE.

26. THOMISON.
27. ZUCHAINE. — *Die Lehre vom Versuche.*
28. GANAUD. — *Droit pénal.*
29. GOLDAMER. — *Archiv für preussisches Strafrecht.*
30. KLEINSCHROD. — KONOPAK. — MITTERMAIER.
31. ORTOLAN. — *Droit pénal.*
32. BOITARD. — *Leçons de droit.*
33. OSENBRUGGER. — *Abhandlungen.*
34. FAUSTIN, HELIE.
35. HERBST. — *Handbuch des öster. Strafrechts.*
36. OPPENHOF.
37. BEXARIA. — *Des délits et des peines.*
38. TARENTO. — « *Del tentativo punibile* ».
39. (LILJENTHAL). — *Zeitschrift für die gesamt. Strafwissenschaft.*
40. KARLOWA. — *Histoire du droit romain.*



PREMIÈRE PARTIE

PRÉCISION DU THÈME



Entre l'acte de la volonté, mouvement psychologique par lequel le délinquant se détermine à commettre le crime, et l'instant qui en marquera la consommation, se développe la chaîne, parfois très longue, des actes d'exécution.

Fréquemment, les circonstances disposent en maîtresses souveraines des phases intermédiaires, des points de départ et d'aboutissement. L'agent ne réussit, dès lors, pas toujours à franchir d'un trait les différentes étapes qui le séparent du but vers lequel il tend. Fréquemment sous l'influence de conjonctures absolument indépendantes de sa volonté et, quelquefois, spontanément, il s'arrête sur le chemin du crime et renonce à son projet. Quel que soit le développement de la mise à exécution, les actes posés en vue de la poursuite d'une fin délictueuse constituent une tentative, ce dernier mot pris dans sa plus ample acception.

Parmi les actes matériels, manifestation extérieure de la résolution criminelle, les uns ne sont qu'une préparation diversement éloignée du délit, tandis que les autres, ceux qui acheminent directement le délinquant vers la réalisation de son dessein, en constituent un commencement d'exé-

cution. Ceux-ci sont connus en doctrine sous le nom « d'actes d'exécution ».

Analysons ces actes considérés objectivement, c'est-à-dire abstraction faite du caractère spécial que leur confère le lien qui les unit au but vers lequel ils tendent.

Une courte observation démontre que nous pouvons les grouper en deux classes, bien distinctes par les caractères dissemblables qu'ils peuvent revêtir. Au point de vue de la criminalité, en effet, les uns sont absolument irrelevantes, les autres, au contraire, constituent déjà un fait illicite.

Ces derniers sont répréhensibles, non seulement, eu égard à leur connexité avec le délit dont ils forment l'origine, mais en ce qu'ils présentent, objectivement, les caractères de l'infraction consommée.

Celui qui aurait posé ces mêmes actes, non point dans l'intention de s'acheminer vers l'exécution d'un délit plus grave, non comme moyen, mais comme fin, serait déjà aux yeux de la loi, passible de peine.

Dans ce dernier cas, ces actes considérés objectivement constituent une infraction. La loi pénale les a marqués de son scel et les a classés parmi ceux qu'elle châtie.

C'est l'analyse de la tentative dont l'élément matériel appartient à cette deuxième catégorie qui fera l'objet de notre étude.

L'intérêt pratique des conclusions auxquelles nos recherches aboutiront se révèle surtout dans les cas de désistement volontaire. Nous nous attacherons dès lors à faire ressortir au sujet de cette hypothèse, les conséquences qui découlent des observations que nous aurons retenues et des distinctions que nous aurons relevées.

CHAPITRE PREMIER

§ 1. Généralités.

En parcourant les ouvrages traitant de la tentative, nous avons constaté qu'ils sont peu nombreux les juristes qui ont touché le point que nous allons essayer de développer. Dans la mesure où il nous a été possible de le vérifier, cette question a même complètement échappé aux juristes français. Elle revêt cependant un certain intérêt au double point de vue théorique et pratique.

Le fait que tel acte d'exécution, considéré objectivement, constitue un délit spécial, est un facteur dont on tiendra compte dans le choix de la peine quant à sa quotité. En outre, nous l'avons fait observer plus haut, il emprunte une importance toute spéciale des cas où l'agent a volontairement, c'est-à-dire sans y être contraint par les circonstances, suspendu l'exécution du crime qu'il a tenté de commettre.

Tous les codes, en effet, pour des raisons que nous rechercherons plus tard font grâce à celui qui s'arrête spontanément sur la pente du crime. Dans cette hypothèse se pose l'intéressante question de savoir si l'immunité légale promise étend ses effets au délit spécial constitué par les actes d'exécution ou bien si la peine dont la loi punit cette dernière infraction reste néanmoins applicable au délinquant.

Les criminalistes français s'étant tu, ainsi que nous venons de le dire, sur cette question, notre langue n'est point encore dotée d'un terme technique précis désignant l'espèce de tentative que nous allons étudier. C'est une lacune regrettable dont la rédaction de notre travail pâtira nécessairement quelque peu.

La science allemande la connaît généralement sous le nom de « Qualificirter Versuch ¹ ».

Cette expression mise en circulation par Feuerbach, fut l'objet de multiples critiques. Dans son traité de droit pénal, von Liszt ² qualifie cette dénomination de « wenig bezeichnend », c'est-à-dire de peu significative.

On lui reproche surtout de laisser supposer que toujours, dans le complexe qu'elle désigne, la tentative, comme telle, constitue l'élément essentiel et doit par conséquent, dans le choix de la peine à infliger, être le facteur capital et décisif ³.

Il serait évidemment préférable de faire reposer toujours le substantif sur l'élément principal, réservant l'adjectif à ce qui est l'accessoire. Mais on s'aperçoit immédiatement qu'il est impossible de découvrir un terme qui, remplissant ces deux conditions, soit applicable à tous les cas qui réunissent les éléments constitutifs du complexe que nous analysons.

¹ « Il est à noter que le terme de « Qualificirter » n'est point « employé ici dans le sens que lui donnent les juristes quand ils « veulent attirer l'attention sur les circonstances aggravantes d'un « délit ».

² Lehrbuch, 10. Auflage, S. 194.

³ Zur Lehre vom qualificirten Versuche. — Inaugural-Dissertation der juristischen Fakultät Erlangen vorgelegt von ANTON SCHLECHT, 1893. S. 4.

Idem. BAUER, Lehrbuch des Str. R. § 63.

Idem. BERNER, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 188. — « Einseitig und verwirrend ist es, das Zusammentreffen von Vollendung und Versuch als « qualificirten Versuch » zu bezeichnen ».

Tantôt, en effet, la tentative, comme telle, est le facteur principal, tantôt, au contraire, les actes d'exécution, abstraction faite de leur relation avec le crime auquel ils tendent, constituent le délit le plus grave. La locution « tentative-complexe » que nous proposons, a l'avantage d'indiquer la pluralité de délits, caractère distinctif de *cette infraction*.

La tentative complexe suppose, dans les actes d'exécution, la coexistence des éléments de la tentative et de tous ceux nécessaires à constituer une infraction consommée. On comprend, dès lors, qu'il soit, dans l'étude que nous nous proposons, de la plus haute importance de s'entendre tout d'abord sur la signification de ces deux termes et sur l'idée que pour nous ils représentent.

Il n'entre pas dans le cadre de notre petit travail, de donner une analyse détaillée de la tentative et du délit consommé. Il nous suffira, pour éviter toute confusion, de rappeler très brièvement à ce sujet quelques principes généraux.

§ 1. De la tentative.

Nombreux sont les criminalistes qui se sont essayés sur ce thème. Combien, cependant, est encore flottante et indécise la notion de la tentative ! Comme sur quantité d'autres points, on est ici encore bien loin d'être d'accord. Nous verrons par la suite où nous devons chercher les causes de ces divergences.

Dans le langage vulgaire, d'où il est tiré, le mot « tentative » s'applique à tout effort fait en vue d'obtenir un résultat qui n'a pas été atteint. On a tenté, mais sans y réussir, de réaliser un projet.

En donnant à ce terme droit de cité dans sa nomencla-

ture, la science du droit pénal apporta d'importantes modifications à la notion marquée par lui dans le langage populaire. Celles-ci du reste s'imposaient, puisque la loi pénale voit dans la tentative non pas un simple acte tendant à la réalisation d'un projet criminel, mais un fait répréhensible et punissable, une infraction.

La notion de la tentative se développa dans le domaine juridique où elle fit l'objet d'une étude spéciale. Etant destinée à devenir la pierre de touche dont le juge se sert pour reconnaître les actes punissables et les distinguer de ceux que l'on considère comme n'étant pas contraires au droit, on a tenu compte du rôle qu'elle était appelée à jouer et cherché à la mettre en harmonie avec les principes fondamentaux de la justice. Ainsi s'accrut cette différence que nous tenions tout spécialement à relever.

La tentative suppose la coexistence de deux éléments :

a) Une volonté coupable déterminée à commettre le crime ;

b) Une manifestation extérieure de cette résolution dans le monde des choses visibles par un commencement d'exécution.

L'un, acte de la volonté se déterminant au crime, est de nature purement immatérielle. Son existence est révélée souvent par des faits pouvant solliciter une double interprétation. L'autre, par contre, est matériel. En raison de ce fait, son analyse, à certains points de vue, sera plus facile. Mais, si l'on tient compte de la grande difficulté qu'il y a de dessiner la ligne de démarcation entre actes préparatoires et actes d'exécution, on comprend aisément que la tentative ait suscité de vives controverses.

Nous remarquons, en outre, que délit consommé et tentative étant deux notions contradictoires, cette dernière suppose nécessairement que le développement de l'exécution ne soit pas encore arrivé au point dès lequel tous

les réquisits nécessaires à l'existence de l'infraction consommée sont réunis ¹.

Entre la conception de la pensée criminelle et l'entière consommation du délit, on peut marquer une série d'étapes successives.

Ce sont d'abord ces phénomènes psychiques : conception du crime, puis résolution de son exécution, qui échappent à toute répression, la loi pénale punissant les délits et non les fautes morales.

Puis, la résolution criminelle se manifeste extérieurement par des actes. Le délinquant dispose ses moyens d'action. Nous entrons dans le domaine des faits matériels.

Le juge qui pèse dans la balance de la justice les actes posés aux fins de mettre à exécution un dessein criminel, ne les apprécie point objectivement, mais les considère comme une partie de l'infraction que le délinquant s'était proposé de commettre. C'est précisément dans ce fait qu'ils sont le premier pas vers la réalisation de ce projet, que le législateur voit la justification de la sévérité parfois excessive avec laquelle on punit des actes qui, pris en eux-mêmes, sont peut-être irrelevants au point de vue du droit.

Ces faits empruntent de la volonté qui les affecte un caractère de gravité spéciale qui les désigne comme un acte antisocial dangereux. La tentative suppose donc le dol, c'est-à-dire l'intention coupable de commettre une infraction déterminée.

¹ KARL KLEE, *Wille und Erfolg in der Versuchlehre*. 1897. « Ein Plus des Willens im Verhältnis zum Erreichten ist dem Versuch wesentlich ».

De même nous lisons dans un arrêt de la cour de cassation de Vienne, Band 8, S. 189, « das Wesen des Versuchs ist darin begründet, daß aus einer vom Willen des Übeltäters unabhängigen Ursache, das Tatenmoment hinter dem Willensmomente zurückblieb ».

La tentative étant une notion relative, elle ne saurait exister par elle-même d'une manière indépendante. Conséquemment, c'est la comparaison de ce qui a été réalisé avec le projet arrêté par le délinquant qui dira si l'auteur avait placé plus loin que le point où s'est arrêté son exécution, le but qu'il avait résolu d'atteindre.

Dans nombre de cas, les actes posés suffisent, sans qu'il soit besoin de chercher à l'établir par d'autres moyens, à prouver l'existence de cette relation. Il en est d'autres, par contre, où il sera difficile de dire avec précision quel but poursuivait leur auteur.

Nombreux, en effet, sont les actes qui peuvent indifféremment conduire à des fins diverses, être le premier pas vers différents buts. Mais, pour être moins visible, cette relation n'en existe peut-être pas moins. Il faudra chercher, dans les circonstances qui les ont accompagnés, l'intention du délinquant que les actes eux-mêmes ne révèlent pas directement.

L'intention coupable étant un élément essentiel de la tentative, on ne saurait, dès lors, concevoir la tentative des délits qui excluent le dol. L'expression tentative involontaire contient, du reste, deux idées contradictoires qui s'excluent réciproquement.

Hepp croit avoir découvert à l'appui de l'opinion contraire un argument qu'il formule de la manière suivante : « Ohne die Möglichkeit des Anfangs, giebt es keine Möglichkeit der Beendigung. Insofern als das vollendete Verbrechen das angefangene notwendig in sich schliesst, muss der ganze Begriff des Verbrechens wegfallen, wenn es sich nicht anfangen lässt. Man vollende doch einmal eine Sache, ohne sie angefangen zu haben ; denkbar ist eine culpa atentata allerdings... ¹. »

¹ Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft, S. 260.

Le syllogisme de Hepp est parfaitement conforme aux règles de la logique. Au sujet de la question débattue, il ne constitue cependant aucun élément de preuve, puisque la tentative n'est pas, comme Hepp le prétend, tout commencement d'un acte qui conduit nécessairement à la lésion d'un droit, mais bien un commencement voulu ; nous l'avons prouvé plus haut.

Nous savons que le rôle de la justice humaine se borne au maintien de l'ordre social, c'est-à-dire à la protection de la faculté garantie à chacun de jouir paisiblement de ses droits.

Le domaine de la loi pénale ne s'étend donc point au delà du monde matériel. Un trouble causé dans la sphère des choses extérieures saurait seul, dès lors, légitimer l'intervention de l'autorité judiciaire.

Ce n'est donc point parce qu'une parole de celui qui projette le crime aura laissé lire dans sa pensée coupable que le juge sera en droit de lui infliger une peine. Le monde des choses matérielles auquel se borne l'action de la justice humaine, n'a encore subi aucune atteinte ¹.

L'application d'un châtiment est subordonnée à l'existence d'un attentat aux droits de la société ou de l'individu. Cette violation du droit d'autrui suppose nécessairement, tout au moins la mise à exécution partielle de la résolution criminelle. Alors seulement cette dernière sera devenue un acte antisocial.

¹ a) Cogitationis poenam nemo patitur.

b) MUYART DE VOUGLANS, Inst. au droit criminel, p. 2. La simple (pensée) volonté qui n'a pas dépassé les bornes de la pensée n'est point mise au nombre des crimes, parce que le pouvoir des lois et de leurs ministres ne peuvent s'étendre, non plus que leurs connaissances, au delà des actes extérieurs.

c) LELIÈVRE, p. 21. Soli Deo omnipotenti datur perscrutari corda et renes, homines autem judicium ferre debent ex factis externis.

d) PERNICE. Labeo II, p. 40. Gedanken sind zollfrei.

Il peut être porté atteinte à un droit de deux manières : directement, s'il est effectivement anéanti ou diminué ; indirectement, s'il est par des manœuvres coupables mis en danger manifeste, immédiat d'être détruit ou amoindri.

La disposition des moyens qui, indirectement, tendent à l'exécution, ne constitue pas encore une lésion du droit. Ce dernier, en effet, n'a subi de ce chef aucune atteinte. On ne saurait y voir, dès lors, l'élément matériel d'une tentative et ces actes, à moins qu'ils ne constituent, considérés objectivement, un délit, ne justifient point une condamnation.

La tentative suppose nécessairement un commencement d'exécution. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point.

Les criminalistes n'ont malheureusement pas encore trouvé le critérium permettant de distinguer, toujours et sans crainte d'erreur, les actes préparatoires de ceux qui font réellement partie de l'exécution du délit.

La solution de cette question est cependant pour nous d'intérêt capital. En effet, suivant que nous considérerons comme acte préparatoire ou comme acte d'exécution d'un autre délit, tel fait qui, objectivement, constitue une infraction consommée, nous aurons nié ou affirmé l'existence d'une tentative complexe.

Le caractère de gravité que revêtent les actes d'exécution qui peuvent en eux-mêmes paraître insignifiants leur vient, nous l'avons vu, de la relation qui les unit au but vers lequel ils tendent.

Il est évident, dès lors, que ce lien doit être réel, exister effectivement et non point seulement dans l'imagination peut-être faussée de l'agent ¹.

¹ YANKA, Österreich. Strafrecht, Band I, 8. 124, 6. « Unter einer

Cette relation participe d'une double existence :

Dans l'intention du délinquant les actes d'exécution doivent être le premier pas vers le but qu'il vise et constituer, en outre, matériellement le commencement de l'infraction qu'il a voulu commettre. Elle doit donc exister subjectivement dans la volonté de l'agent et ensuite matériellement dans le rapport physique des faits posés avec le résultat poursuivi. Cette dernière est évidemment indépendante de la volonté du délinquant.

Le caractère antisocial de la tentative suppose ce double élément.

Les actes préparatoires ne remplissent pas cette deuxième condition. Entre eux et la fin vers laquelle ils tendent d'une manière indirecte, il n'y a qu'un lien subjectif, c'est la volonté qui les dirige et préside à leur exécution ¹.

Le droit d'autrui n'a donc subi aucune atteinte réelle. On ne saurait dès lors justifier l'application d'une peine à leur auteur, abstraction faite du cas où ils constituent, considérés objectivement, un fait illicite.

« zur wirklichen Ausübung der Übeltat führenden Handlung ist eine solche zu verstehen, die nach dem Dafürhalten des Handelnden, nach seiner Absicht zur wirklichen Ausübung führt. Es genügt, daß der Handelnde sich vorstellte, seine Handlung werde zur Ausführung der Übeltat führen, und daß er diese durch dieselbe herbeiführen wollte. » La conséquence en est que l'emploi de moyens absolument impropres à obtenir le résultat désiré suffisent à constituer l'élément matériel de la tentative. C'est la théorie purement subjective que nous croyons fautive pour la raison suivante : la société n'a pas à faire sur la terre œuvre de justice absolue ; cette mission ne lui a pas été confiée, elle ne dispose en outre pas des moyens nécessaires à la remplir.

¹ Au sujet de la distinction entre actes préparatoires et actes d'exécution voir encore :

CHOPP, Über die Grenzen zwischen Vorbereitung und Versuche eines Verbrechens.

PARODI, La tentative, dissert. Genève, 18 ?

Il n'en est pas de même des actes d'exécution. Ici la violation du droit existe réellement et l'acte qui l'a causée appartient déjà au passé.

Nul ne saurait contester à la société de prendre des mesures, la garantissant contre les attaques de celui que ses agissements ont désigné comme un être dangereux. Remarquons, cependant, que ce n'est point au droit pénal dont le but est de poursuivre la répression des crimes que cette mission incombe, mais bien au droit de police qui est chargé de les prévenir ¹.

Très intéressante est la question de savoir si la qualification d'un délit suffit à constituer l'élément matériel de la tentative.

Le voleur pénètre, en forçant une serrure, dans le comptoir où se trouvent les valeurs dont il a résolu de s'emparer.

Déjà, il est devant le coffre-fort qu'il va dévaliser, lorsque le concierge, soudain éveillé, accourt et le surprend.

Si l'on considère comme tentative de vol, les faits mis à la charge du délinquant, la peine encourue sera toute différente de celle par lui encourue si cette question est résolue dans le sens contraire. Dans ce dernier cas, le fait qu'il s'est introduit dans la maison d'autrui serait seul relevant au point de vue du droit et le juge se bornerait, dès lors, à lui faire application des dispositions concernant la violation de domicile.

Remarquons, tout d'abord, que si la qualification n'est point un réquisit nécessaire à l'existence de l'infraction simple, elle est par contre un élément constitutif du délit qualifié. Elle en fait partie intégrante.

¹ HENRI GALLEY, 1899. Notion de la tentative punissable, p. 154.

SAUTOIS, Principes théoriques de la tentative punissable. Annales des universités de Belgique, année 1846.

On ne punit que les délits commis et non les infractions futures.

Au cours des délibérations concernant le code pénal (1810), Carnot émit, à ce sujet, l'opinion suivante : « L'usage des « fausses clefs, l'escalade, n'ont été considérés par le législateur que comme des circonstances aggravantes du vol « qui n'ont été punies qu'autant qu'elles se rattachent à « un vol consommé. Dès lors ces circonstances ne peuvent « constituer par elles-mêmes une tentative de vol. »

Cette affirmation si catégorique nous paraît erronée. Du fait que tels actes ne sont pas considérés comme délit spécial, mais simplement comme circonstance aggravante dans les hypothèses où ils font partie d'une infraction consommée, il n'est pas permis de conclure qu'ils seraient irrelevants dans les cas où le projet du délinquant échoue.

L'infraction consommée suppose cette circonstance aggravante. Celle-ci constitue, dès lors, une partie nécessaire de l'élément matériel de cette infraction.

Or, établir que le délinquant s'est rendu coupable de tels actes, n'est-ce pas prouver à sa charge un commencement d'exécution de ce délit ?

Nous observons enfin que le délinquant ne doit pas encore avoir atteint le but vers lequel il tendait.

Le point où la tentative confine au domaine de l'infraction consommée marque l'instant dès lequel l'agent est coupable non plus d'une tentative, mais d'un délit consommé ¹.

Il ne viendra à l'idée de personne de contester à la société le droit de punir l'acte revêtant tous les caractères que nous avons énumérés comme éléments constitutifs essentiels de la tentative.

Le jus puniendi repose uniquement sur la nécessité de

¹ KLEE, fait à ce sujet une remarque très juste : « Sobald die Tat die Schwelle zur Vollendung überschritten hat, ist für den Versuch kein Raum mehr. »

l'ordre sans lequel toute société est impossible et il a comme limite les principes fondamentaux de la justice absolue. C'est sur cette base et sans que jamais elle ne soit autorisée à franchir cette limite que doit s'effectuer l'évolution des lois pénales.

Le juge a donc le devoir de punir tous les actes troublant l'ordre établi.

Or, pour n'avoir pas acquis tout le développement que comportait le projet de l'agent, la tentative n'en constitue pas moins un acte antisocial portant une atteinte souvent très grave à cet ordre que la loi pénale a précisément mission de protéger.

Au point de vue utilitaire, la répression de la tentative est une mesure de sage prudence.

Le législateur doit en effet prendre tous les moyens propres à prévenir les infractions. Or, la plus élémentaire prudence ne demande-t-elle pas de ne point permettre que l'on s'engage impunément sur la voie du crime; n'exige-t-elle pas que l'on place une barrière sur le chemin qui y conduit?

Mais la raison qui est l'unique source du droit pénal, l'intelligence qui tire les préceptes juridiques de l'essence des choses et du rapport qu'elles ont entre elles nous disent que la peine du crime grave doit être plus sévère que celle réservée au délit de peu d'importance. Nous sentons que le châtimement infligé doit être en rapport direct de la gravité de la faute.

La peine de la tentative doit, dès lors, être moins forte que celle applicable à l'infraction consommée.

Le fait que tel délit à peu près insignifiant, s'il est considéré objectivement, constitue le commencement d'exécution d'une infraction plus grave est une circonstance dont le juge doit tenir compte dans le dosage de la peine. La tentative complexe, en effet, contient à côté du délit

spécial consommé, une seconde infraction. Ces actes empruntent du fait qu'ils sont le premier pas dans l'exécution d'un crime plus grave, un caractère spécial qui accentue le trouble causé dans l'ordre social.

Il est laissé au juge une grande latitude dans le choix du châtiment applicable à la tentative. C'est pour lui permettre de tenir largement compte, dans le dosage de la peine, du degré de développement des actes d'exécution. Selon que l'agent s'est approché plus ou moins du but auquel il tendait, la gravité de la faute variant, le châtiment sera plus ou moins sévère.

On a prétendu, à tort du reste, que c'est uniquement à l'influence aveugle du hasard que tels actes dont l'exécution n'est qu'un moyen aux yeux du délinquant, doivent d'être classés parmi les délits.

Que le hasard joue ici accidentellement un certain rôle, nous ne saurions le contester. On a cependant évidemment trop généralisé cette proposition. S'il arrive parfois que des circonstances exceptionnelles attirent lors de la rédaction d'un code l'attention du législateur sur tel acte alors que d'autres plus graves, peut-être, lui échappent, nous ne saurions pour autant admettre que la désignation des actes punissables soit établie arbitrairement. En effet, la nécessité du maintien de l'ordre dans la société étant l'unique base du droit pénal, seuls les actes qui y sont contraires peuvent faire l'objet d'une peine. Cet ordre dont la loi se fait gardienne a existé dans l'intelligence des hommes avant la rédaction du premier code. Comment aurait-on pu sans cela énumérer les actes qui y sont contraires ? Ce n'est donc point au hasard que le législateur a dit que tel acte constitue un délit et que tel autre est un acte licite.

Malgré l'acharnement qu'on a mis à le nier, force nous est de reconnaître l'existence d'un droit supérieur auquel le droit écrit doit se conformer. Abstraction faite de cette

norme, toute amélioration de la loi positive devient impossible. Comment, en effet, admettre la critique de la loi si celle-ci ne connaît rien au-dessus d'elle ? Pour juger d'une chose, il faut savoir ce que cette chose doit être. Il est impossible d'émettre sur la valeur d'une loi une opinion raisonnée si nous avons besoin de cette loi même pour distinguer le juste de l'injuste. L'existence d'un droit supérieur du reste saurait seul expliquer ce besoin que les peuples ressentent de modifier les dispositions de la loi au fur et à mesure que des changements surviennent dans les conditions et les rapports de la vie sociale. Pourquoi la conscience populaire veut-elle que toujours elles soient conformes à l'idée que nous avons de la justice ¹ ?

§ 3. Du délit consommé.

Seuls, les actes d'exécution, qui objectivement, c'est-à-dire abstraction faite du but poursuivi par leur auteur, constituent un délit spécial, sauraient être considérés comme éléments matériels de la tentative complexe.

Ce délit spécial qui renferme tous les éléments de l'infraction consommée n'est point celui que le délinquant considérerait comme la fin, le but par lui poursuivi. Comment, en effet, le même acte saurait-il constituer la tentative et l'exécution consommée de la même infraction ?

Fixer le point dès lequel une infraction doit être considérée comme consommée est pour nous une question d'importance capitale. En effet, suivant que tel délit sera ou non considéré comme achevé, il sera fait application de la peine réservée à la tentative ou de celle de l'infraction consommée.

¹ BIRKMEYER, professeur de droit à Munich, dans son cours de philosophie du droit.

C'est, en outre, nous le verrons plus tard, à partir de cet instant que le désistement n'est plus possible.

Il existe parfois une divergence entre la notion juridique du crime consommé et l'idée correspondant à la même expression prise dans le sens que lui donne le langage vulgaire.

En général, l'infraction est réputée consommée dès l'instant où le but poursuivi par le délinquant a été atteint ou que l'effet dont il attend la satisfaction de la passion qui le pousse à commettre le crime est définitivement acquis. Ce n'est évidemment point du but final poursuivi par l'auteur que nous voulons parler, mais bien du fait qui doit lui en assurer la possession. Le but prochain, c'est la mort de la victime qu'il a frappée dans l'intention de lui arracher la vie. Peu importe que l'assassin soit trompé dans son espérance, qu'au lieu de la joie qu'il attendait de la vengeance il soit, au contraire, rongé par le remords. Il suffit que l'événement qui devait lui assurer l'avantage convoité soit accompli. Il n'est donc point nécessaire que l'agent ait réellement obtenu le bénéfice qu'il escomptait.

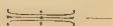
Nous ne prenons les actes du délinquant en considération que pour autant qu'ils ont une importance au point de vue juridique. Un acte doit, dès lors, être réputé consommé dès que le plan arrêté par le délinquant a été mis à exécution dans la partie qui constitue précisément la violation de la loi pénale.

Il existe cependant certains cas où la loi considère comme infraction consommée tel acte qui n'a point encore produit les effets dont ils poursuivaient la réalisation. Ex. crime d'incendie ; empoisonnement.

Comme c'est à la loi qu'il appartient d'énumérer les actes qu'elle défend, c'est à elle aussi que nous devons reconnaître le droit de dire à quel moment le délit est consommé.

La définition juridique est donc celle à laquelle le juge doit se tenir.

Considérer l'infraction comme consommée uniquement dans les cas où le but final que le délinquant se propose est effectivement atteint, ce serait lui conférer le droit de fixer les conditions auxquelles il s'avoue passible de la peine prévue au code.



CHAPITRE SECONDE

§ 1. Historique de la tentative complexe.

Après cette courte étude analytique où nous avons successivement observé les éléments constitutifs de la tentative complexe, nous allons essayer d'en esquisser un rapide historique.

Aussi longtemps que la loi pénale conserva le caractère essentiellement matérialiste que le droit des premiers âges avait imprimé à ses institutions, aussi longtemps que la peine consista uniquement en une réparation, la loi s'occupa exclusivement des faits qui, effectivement, causaient un dommage réel.

Dès qu'un tort matériel avait été occasionné, toujours on obligeait son auteur à réparation sans s'occuper de la question de savoir s'il avait été engendré volontairement ou s'il était simplement imputable à l'imprudence ou à la négligence.

L'intention, élément immatériel de l'infraction, n'était donc pas prise en considération. Il est tout naturel dès lors que les lois de cette époque ne contiennent aucune disposition spéciale concernant la tentative ¹.

¹ Les tribus nomades et les peuplades sauvages que l'on rencontre

Ce fut après de longs tâtonnements qu'on arriva peu à peu à se débarrasser des idées grossières qui, pendant des siècles, avaient enveloppé le droit pénal de profondes ténèbres. Le rôle du juge qui avait précédemment consisté uniquement à servir d'auxiliaire à celui qui ne pouvait lui-même obtenir réparation du dommage éprouvé se modifie. Bientôt ce ne fut plus la simple réparation du préjudice subi qu'elle exigea ; elle condamna celui qui en était l'auteur volontaire au paiement d'une somme d'argent bien supérieure à la perte effectivement subie. Ce versement, sans doute, revêt surtout le caractère d'une indemnité, mais la disposition légale qui en fixe le chiffre procède cependant, en partie du moins, d'une idée nouvelle. La loi ne poursuit plus uniquement la réparation du préjudice causé, mais elle exige paiement au lésé d'une certaine somme à titre de peine. C'était la première forme de l'amende.

Ce sont les premiers linéaments de la conception vraie du droit pénal. Cette notion se développant, on en vint à voir dans l'injustice commise à l'égard d'un citoyen une menace faite à tous.

Une conséquence qui devait découler tout naturellement de ce principe nouveau est le droit donné au juge de punir des actes qui, sans causer un dommage réel, constituent cependant un trouble grave à la jouissance du droit menacé. On commença bientôt à voir dans les crimes non plus un *factum* simplement, mais l'expression d'une volonté coupable. Cette déduction ne se dégagait pas immédiatement

encore de nos jours dans certaines contrées de l'Amérique ou de l'Afrique n'ont guère dépassé ce degré de développement.

M. Kohler, professeur à l'Université de Berlin, donne dans son cours de droit naturel un exposé très intéressant de ces législations primitives.

de l'élément où elle était contenue et dont le développement était soumis à une évolution qui fut lente à s'effectuer.

Nous verrons plus tard le droit lui-même entouré d'une zone protectrice dont l'accès sera interdit. La loi mettra une barrière sur le chemin du crime en déclarant passible de peine quiconque tenterait de mettre à exécution un projet délictueux.

Mais ce fut à une époque bien éloignée de celle dont nous parlions plus haut qu'on attribua au droit pénal cette délicate mission.

§ 2. Droit romain.

Les rares épaves des anciennes législations que le hasard a laissé parvenir jusqu'à nous ne permettent point de rétablir, en s'appuyant sur des sources historiques, l'ensemble du système législatif autrefois en vigueur dans la cité des Césars. Les renseignements qu'ils nous fournissent concernant le droit pénal des premiers siècles de Rome sont très incomplets.

Des considérations d'ordre général et la comparaison des textes empruntés aux *libri terribiles* pourront seuls nous fournir quelques indications au sujet de la question qui nous intéresse.

Le domaine de la jurisprudence n'avait pas échappé à l'influence des rhéteurs et des philosophes qui, peu à peu, imprimèrent au droit pénal le caractère immatériel et politique que lui reconnurent plus tard tous les peuples civilisés.

Les textes nous fournissent la preuve évidente que l'élément immatériel, le dol, était considéré, en général, comme condition essentielle à l'application de la peine. C'était

donc aussi la manifestation extérieure de la volonté coupable que l'on voulait châtier ¹.

Cette conception devait tout naturellement amener le législateur à édicter des dispositions tendant à la répression de la tentative.

Mais, l'insertion au code d'une disposition spéciale générale, concernant la tentative considérée comme délit *sui generis*, suppose nécessairement que la loi ou la jurisprudence aient fixé la notion de chaque infraction et déterminé le châtiment réservé à chacune d'elle, abstraction faite des moyens qui servent à leur exécution. Il est, en effet, impossible au juge de dire si tels faits mis à la charge d'un accusé constituent la tentative de telle infraction, s'il ne trouve ni dans la loi ni dans la jurisprudence la définition du délit lui-même.

La distinction formelle entre le crime consommé et la tentative nécessite cette notion abstraite de l'infraction.

Quelques remarques sur la forme et le mode de classification des lois pénales contenues dans les *libri terribiles* suffiront à nous convaincre qu'il eût été impossible d'y introduire une disposition d'ordre général concernant la tentative.

La loi est publiée sous la forme de nomenclature aride où sont cités successivement les actes, les faits frappés de la même peine, c'est-à-dire de celle édictée par la norme qui les réprime.

Ainsi, ce n'est point, par exemple, la répression de

¹ Il faut cependant bien se garder d'en conclure que la pensée criminelle fût déjà passible de châtiment.

PERNICE dit au tome II de son *Labeo*, p. 40 et s. Gedanken sind zollfrei, überall wird wenigstens ein äußerer Erfolg, die wirkliche Durchführung des verbrecherischen Willens, vorausgesetzt, gleichgültig ist nur der Umfang des Schadens.

l'homicide, du meurtre en général que la *Lex Cornelia de sicariis* poursuit, mais elle détaille tous les actes qu'elle punit du même châtement ¹.

La notion abstraite du délit faisant défaut, il était impossible d'édicter une disposition générale déclarant passibles de peine ceux qui tentent de le commettre. On citera peut-être à l'encontre de cette opinion un passage tiré de la *Lex Julia majestatis* : (L. V, ch. ix, 8) *Eadem enim severitate voluntatem sceleris qua effectum puniri jura voluerunt*. Nous observons que la raison sur laquelle nous nous basons pour conclure à l'inadmissibilité d'une disposition générale réprimant la tentative ne saurait être marquée ici ; la notion abstraite du crime de lèse-majesté n'était en effet pas étrangère aux Romains.

Ces considérations nous expliquent pourquoi les lois romaines ont suivi, concernant la tentative, ce mode défectueux de répression, pourquoi elles ont classé parmi les actes punissables à côté de ceux qui constituent une infraction consommée, des faits qui n'en sont en réalité qu'un commencement d'exécution.

Les codes modernes appliquent en général à l'auteur d'une tentative une partie de la peine réservée au délit consommé. Rien de semblable en droit romain où tout acte punissable est considéré comme un délit consommé. A chacun est réservé un châtement spécialement prévu et fixé. Très souvent la tentative d'un délit tombe sous les

¹ LÜDEN — *Abhandlungen*, p. 59, dit : Man bestrafte eine Handlung nur insofern sie ein selbständiges Verbrechen und eine vollendete Körperverletzung, nicht aber insofern sie der Anfang war oder Versuch eines andern Verbrechens.

Dr. RHEIN, W., *Criminalrecht der Röm.*, S. 122.

HERMANN SEEGER (Thübingen 1879), der Versuch der Verbrechen.
RHEIN, Das Criminalrecht der Römer.

KRUG OTTO, Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1854.

coups d'une autre loi que celle réprimant cette infraction. C'est ainsi, par exemple, que le propriétaire d'objets que l'on a tenté de soustraire a contre l'auteur de cette tentative non point l'action *furti*, mais l'action *injuriarum*. (L. 21, § 7, D. 47, 2.) *Qui furti causa conclave intravit nondum fur est, quamvis furandi causa intravit, quid ergo, qua actione tenebitur ? utique injuriam aut de vi accusabitur si per vim introivit*¹.

¹ Voir à ce sujet, DERNBURG, Pandekten, II, p. 373. Bien qu'elles n'aient point puni la tentative comme délit « sui generis », sous une autre forme les lois romaines en ont dans certains cas poursuivi la répression. La question de savoir si les Romains ont puni la tentative des délits privés a soulevé une assez vive controverse.

Différents motifs nous déterminent à résoudre cette question dans le sens négatif.

PERNICE, « Labeo », v. II, p. 45, dit à ce sujet ce qui suit : « Die Strafe bei Privatverbrechen bestand immer in einer größeren oder geringeren Entschädigung ».

Dans le même sens, CZYHLARZ « Institutionen », v. II, p. 186, Privatdelikte verletzen das Privatinteresse der Einzelnen... und können nur vom Verletzten im Wege des Civilprozesses durch privatrechtliche actio verfolgt werden. — L'unique conséquence du délit privé est, en effet, de faire naître une action donnant au lésé le moyen d'obtenir réparation du dommage causé. Mais dès qu'un préjudice est causé, le délit est consommé ; s'il n'existe pas encore, la loi ne s'occupe pas des efforts faits pour l'engendrer ; conséquemment, aucune action compète à la personne menacée pour obtenir réparation d'un dommage qui n'a pas encore été causé. PERNICE prétend nous prouver le contraire en disant que, dans le délit d'injure, le juge fixe le montant de l'indemnité due au lésé. Pourquoi, ajoute-t-il, les Romains n'auraient-ils pas fait de même dans les delicta privata ? Ceci nous prouve qu'un préjudice matériel, une diminution réelle du patrimoine n'est pas la base unique d'une action en réparation. Il est à remarquer d'abord, comme l'affirme KARLOWA, Geschichte des römischen Rechts, II, 720, que dans le délit d'injure, ex. « qui carmen malum incantasset », il y a une atteinte portée à la réputation du lésé.... Evidemment si la tentative de délit privé engendrait un préjudice, ne fût-ce même qu'un tort immatériel, elle pourrait donner lieu à une action car le juge pourrait l'apprécier comme il le faisait pour l'injure. Dans les délits privés, c'est moins la mesure servant à fixer le dommage immatériel causé qui fait défaut que le préjudice lui-même.

La loi romaine punissait toujours comme délits consommés les actes qu'elle châtie ; nous devons en conclure dès lors que le concours d'un délit consommé et d'une tentative dans le même acte était, même théoriquement, impossible. Il ne faudrait pas croire cependant que la peine encourue par l'agent coupable d'un délit fût invariablement la même ; qu'il fût indifférent que le délinquant se soit plus ou moins approché du but vers lequel ses efforts tendaient. Suivant, en effet, le degré de développement qu'il atteignait dans l'exécution de son projet, les actes dont il se rendait coupable constituaient la violation de telle loi ou de telle autre prévoyant l'application de peines différentes.

Désistement. — Les Romains ont-ils accordé au délinquant qui s'arrêtait spontanément sur le chemin du crime l'immunité pénale dont les législations contemporaines font bénéficier le désistement volontaire ?

Herzog ¹ et Schlecht ² n'hésitent pas à résoudre cette question dans le sens affirmatif.

Nous avons analysé le caractère de la législation pénale romaine ; tirons maintenant les conséquences qui découlent de nos observations au sujet du point que nous étudions. Une disposition générale relative au désistement volontaire suppose nécessairement la notion abstraite de la tentative.

Nous ne trouvons point dans les lois romaines de dispositions donnant une définition de la tentative et rien ne nous permet de supposer que la jurisprudence ait comblé cette lacune. Nous avons constaté que si elles réprimaient certains actes qui, d'après la notion moderne, constituent de véritables tentatives, c'est qu'ils étaient considérés par elles comme des infractions consommées.

¹ Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, p. 21.

² Der qualifizierte Versuch.

Si donc, après avoir atteint, dans la mise à exécution de son projet, le point dès lequel le fait puni par la loi est constitué, le délinquant s'arrête volontairement, son désistement n'est qu'un repentir survenu alors que la peine du crime consommé est déjà encourue.

Si, par contre, il renonce à la réalisation de son dessein, avant que ses actes aient atteint ce degré de développement, il ne saurait être passible de peine, n'ayant point encore transgressé la loi.

Toutefois, pour n'avoir pas encore obtenu le résultat auquel ils tendaient, les actes posés par le délinquant peuvent cependant constituer déjà une infraction consommée. Nous avons cité plus haut, à titre d'exemple, la tentative de vol.

Il est fort possible que, dans certains cas, faisant usage de la grande liberté d'appréciation que lui laissait la loi, le juge ait tenu compte du fait que le délinquant avait volontairement renoncé à la complète exécution de son dessein criminel. Probablement qu'en raison de circonstances spéciales il fit exceptionnellement abstraction de la peine déjà encourue ¹.

Nous n'avons aucune preuve que cette faveur ait été octroyée. Ce sont de simples suppositions que nous avons faites.

Seeger ² prétend que le droit à cette immunité était garanti par la loi. Il cite à l'appui de sa thèse quelques textes empruntés au livre XLIX du *Dig.*, qui, selon lui,

¹ MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* 1044, affirme que cette faveur était limitée exclusivement aux cas expressément prévus par la loi. Au sujet du caractère de cette immunité, il dit ce qui suit : « Wenn bei Gesinnungsverbrechen dem Verurteilten bis zu der Execution der Rücktritt gestattet und dabei Strafflosigkeit in Aussicht gestellt wird, so ist dies wohl als Begnadigung aufzufassen. »

² Der Versuch der Verbrechen nach Römischem Recht.

constituent une preuve ne permettant plus aucun doute à ce sujet.

Nous devons avouer n'avoir qu'une confiance très limitée en la force probante de cet argument.

Le premier fragment rapporté est tiré de la *Lex Julia de falsis*, livre XIX, D., 48, 1^o. : « Qui falsam monetam « percusserint, si id totum formare noluerunt suffragio « justae poenitentiae absolventur. »

Cette disposition vise le cas où le faux monnayeur s'arrête avant d'avoir achevé la pièce d'argent qu'il veut mettre en circulation. Mais la *Lex Julia de falsis* ne considère le délit comme consommé que dès le moment où la pièce de monnaie est terminée.

Nous faisons la même observation au sujet des autres textes énoncés par Seeger (livre XI, D., *de in jus vocando*, II, 4; livre XVIII, D., *juris/o*, II, 1).

§ 3. Droits postérieurs.

C'est aux juristes italiens du moyen-âge que la science est redevable de la notion de la tentative. Peu à peu la lumière se fait sur ce point; une analyse minutieuse révéla dans l'acte d'exécution le double élément dont il est constitué. Après de longs tâtonnements, on réalise finalement le concept abstrait de la tentative.

Nous ne prétendons pas fournir à ce sujet une étude complète, renfermant toutes les opinions formulées successivement par les glossateurs. Qu'il nous suffise de dire qu'elles sont loin d'être concordantes. Nous voyons s'échafauder l'un après l'autre les systèmes les plus divers. Tous, cependant, s'entendent à voir dans la tentative un délit *sui generis*.

La tendance toute spiritualiste des nombreux juristes

de cette époque exerça une grande influence sur le droit pénal. Cette doctrine d'une bonne partie de l'école devait naturellement avoir une répercution directe sur l'institution qui nous occupe, puisque dans la tentative la volonté constitue l'élément principal.

Nous avons vu plus haut que les lois pénales romaines, à côté des délits consommés, punissaient certains actes que nous considérons comme des tentatives.

Les glossateurs en infèrent que les Romains ont évidemment infligé la même peine à l'infraction consommée et à la tentative.

Le droit pénal des anciens âges avait été essentiellement matérialiste, on tomba bientôt dans l'excès contraire..

Pour la nouvelle école, le crime n'est plus que la manifestation externe d'une volonté coupable ¹. Rien d'étonnant, dès lors, que l'on ait puni la tentative comme le délit consommé.

Plusieurs textes tirés de Farinacius et Baldus nous donnent la preuve évidente que les glossateurs ont vu dans le désistement volontaire la source d'une immunité pénale.

Leurs commentaires détaillés nous montrent quels effets ils lui ont attribués.

A ce sujet nous lisons dans Baldus (Const. 5 des episc. N° 16, quarto op. 47, 1-2 — loc. 9, 16) le passage suivant : « Si autem sit delictum quod in sui principio aliquem laedat vel offendat specialem personam : verbi gratia : Insultans me animo occidendi licet poeniteat insultantem tamen de isto praecambulo bene punitur : quod non debet

¹ Cette conception trouva en France un certain crédit. Nous verrons Jousse répéter après Farinacius que la tentative existe, bien que l'insuffisance des moyens choisis condamne l'agent à un échec certain.

haec injuria remanere impunita :... Non ergo parcityr sibi quamvis non consummavit insultum (ac si) delictum sed bene parcityr sibi quantum ad pœnam. » ...quando ex tali delicto ceperit alius affendi licet principale intentum non puniatur punitur tamen accessorium seu praeambulum, ut in eo qui fregit ostia causa committendi adulterium, nam licet poeniteat tamen punitur de fractura ostiorum. Ratio : quod cum delictum principale non sit consummatum non potest cum eo confundi. »

Farinacius formulé la même remarque, Q. 33 : « Quod quando conatus alicujus delicti continet in se insultum, puniri debet, etiam quod non fuerit sequutum delictum... quia jam ille insultus transit in speciale nomen delicti, videlicet illatae injuriae, quae per insultum dicitur consummata et perfecta. »

Baldus et Farinacius ne veulent donc point étendre les effets de cette immunité au délit spécial, au fait illicite que peuvent constituer les actes d'exécution considérés objectivement. Nous reproduisons in extenso le paragraphe intéressant où Baldus montre comment ils arrivent à cette conclusion.

Bart. Baldus, comm. de 11 const., N° 83 : « Dico autem ubicunque resultat titulus criminis delictum esse perfectum illud sed quod ex eo facti nomen accipit non id quod ex eo nomen in titulum nondum assumpsit... quia vulnus est delictum consummatum sed non punitur secundum consuetudinem et statuta locorum de homicidis qui non est hic talis titulus criminis secutus... nam ubi factum sequitur grave et peccatum.

C'est une méthode très simple d'expliquer pourquoi la grâce promise au désistement volontaire ne saurait effacer le délit consommé.

Pour déterminer la peine applicable à la tentative complexe Baldus ne se base point sur la gravité de l'infraction

que l'agent voulait commettre. mais sur l'importance du délit spécial. Celui-ci donne son nom à l'infraction et absorbe, pour ainsi dire, le fait de la tentative. A le considérer sous cet angle point n'était besoin de recourir au long raisonnement basé sur des considérations de nature toute diverse qui nous amènera, par voie de déduction logique, à la même conclusion.

§ 4. Droit germanique.

Une conséquence du caractère essentiellement matérialiste des lois barbares fut que la peine consiste dans le paiement d'une somme d'argent, c'est-à-dire en une réparation. Or, la réparation suppose nécessairement un dommage. Par conséquent, la tentative ne fut punie que dans les cas où elle causait un préjudice au lésé.

Il y a lieu de répéter ici l'observation formulée ci-dessus au sujet des *libri terribiles*. Si les lois des anciens peuples germains punissaient certains actes que nous considérons de nos jours comme de simples tentatives, c'est parce qu'ils avaient occasionné à la victime un dommage matériel. Nous ferons remarquer qu'ils constituaient partant une infraction consommée.

Ainsi la loi salique, t. XLI, 5, condamne à une composition de 62 $\frac{1}{2}$ sous celui qui frappe dans l'intention de tuer.

L'intrus qui pénètre dans un jardin pour y voler payera 2 sous à son propriétaire, à moins qu'il ne s'agisse d'un jardin potager, cas où l'indemnité est plus élevée ¹.

La tentative ne fut point punie comme délit *sui generis*. Celui qui en est l'auteur est tenu à réparation dans les cas

¹ THOMISON nous donne à ce sujet des détails très intéressants.

seulement où quelque dommage matériel en est résulté. Dans cette hypothèse elle est naturellement punie comme infraction consommée et non comme tentative.

Les lois barbares qui paraissent calquées toutes sur le même modèle, ne contiennent aucune disposition concernant le désistement volontaire. La cause de cette absence nous la trouvons dans les considérations exposées au sujet du droit romain.

Le caractère matérialiste des lois barbares s'effaça cependant peu à peu.

De leur côté les traits des idées nouvelles s'accrochèrent. La Caroline, mère de la Bambergensis, qui avait pu largement profiter des études laborieuses des glossateurs et des praticiens italiens vit dans la tentative une atteinte à l'ordre social. A l'art. 178 (reproduction de l'art. 204 de la Bambergensis), elle contient une disposition visant la répression de la tentative en général.

« Item so sich jemandt eyner Mißthat mit etlichen
« scheinlichen Werken, die zu Volnbringung der Mißthat
« dienstlich sein mögen, untersteht, und doch an Voll-
« bringung derselben Mißthat durch andere Mittel, *wider*
« *seinen Willen verhindert würde*, solcher böser Will...
« ist peinlich zu strafen. »

Cette proposition renferme une définition parfaitement conforme à la notion moderne de la tentative. Elle ajoute, en outre, qu'il est fait grâce à celui qui se désiste volontairement.

Cette faveur étendait-elle ses effets au délit spécial qui renfermait parfois les actes d'exécution ou bien le délinquant restait-il quand même passible du châtimement dont la loi punissait cette infraction ?

Les textes ne nous fournissent aucun renseignement à ce sujet. Nous en sommes donc réduits à de simples suppositions.

Luden ¹ et Zachariae ² prétendent que la solution de ce problème ne présente aucune difficulté. Ils se tiennent pour certains que les effets de l'immunité pénale accordée au désistement volontaire ne s'étendaient jamais au délit spécial constitué par les actes d'exécution.

Nous ne doutons pas que pratiquement cette question fût résolue dans ce sens. Cette solution cependant ne dérive pas nécessairement de l'art. 17 et nous n'avons découvert aucun autre texte sur lequel étayer cette conjecture.

§ 5. Droit moderne.

L'étude analytique et comparée des nombreuses législations créées postérieurement en Germanie suppose un développement détaillé qui ne saurait trouver place dans le cadre modeste de notre petit travail.

Nous remarquerons simplement qu'elles n'ont point tiré de la Caroline tout le profit qu'elles en auraient pu faire. Nous voyons, par exemple, le *Codex juris bavarici criminalis* de 1671 ne contenir aucune disposition concernant la tentative.

§ 6. Littérature.

Les anciens traités de droit pénal que nous avons consultés ne nous fournissent aucune information au sujet de la question qui nous occupe.

Feuerbach est apparemment le premier criminaliste qui

¹ LUDEN, « Abhandlungen », S. 520.

² ZACHARIAE, « Die Lehre vom Versuche », Bd. II. 293.

ait travaillé sur ce thème. A la page 106, § 116 de son manuel (7^{me} édition) nous lisons en note la remarque suivante :

« Ist die Handlung, welche den Versuch zu einem
« anderen Verbrechen ausmacht, selbst schon ein voll-
« detes benanntes Verbrechen (qualificierter Versuch) so
« treten die Grundsätze von konkurrierenden Verbrechen
« ein und es wird auf die ordentliche Strafe mit Schärfung
« erkannt. »

Le double caractère de l'acte délictueux, à la fois tentative et délit consommé, n'avait pas échappé à Feuerbach. Les actes d'exécution pouvant ici, à deux points de vue différents, être pris en considération par le juge, Feuerbach conclut à l'existence d'une double infraction. Il en infère que la tentative complexe constitue toujours un concours de crimes auquel on doit, dès lors, toujours appliquer les principes régissant cette matière.

Nous formulerons en leur temps, les observations que nous avons à présenter sur cette théorie.

Dans l'exposé dogmatique, nous verrons que la tentative complexe ne suppose pas nécessairement un concours d'infractions. La solution proposée par Feuerbach ne convient, dès lors, pas à toutes les hypothèses. La cause de l'erreur dans laquelle il devait nécessairement tomber, réside dans le fait qu'il eut de la tentative un concept faux.

A la page 69 de son livre, il dit, en effet, ce qui suit :

« Es gibt Übertretungen, wo dies (ein bestimmter gesetz-
« widriger Erfolg der Handlung) nicht zum Tatbestande
« des Verbrechens gehört. Das versuchte Verbrechen z. e.
« ist auch ein Verbrechen, weil die Handlung, die auf die
« Vollendung einer Rechtsverletzung gerichtet ist, an und
« für sich selbst unter einem Strafgesetze steht; ein rechts-
« widriger Effekt aber so wenig zu dem Begriff dieser

« Übertretung gehört, daß es diesem Begriff sogar wider-
« spricht. »

Feuerbach n'ayant vu dans la tentative que la manifestation extérieure d'une volonté coupable, on comprend qu'il ait conclu à l'existence d'un concours d'infractions chaque fois que les actes d'exécution considérés objectivement constituent un délit consommé. La conclusion qu'il tirait de ce raisonnement devait nécessairement contenir une erreur de principe. Dans les éditions parues après la mort de Feuerbach, Mittermaier ajoutait au passage reproduit ci-dessus la petite annotation suivante :

« Ist die Handlung, welche den Versuch zu einem
« andern Verbrechen ausmacht, selbst schon ein vollen-
« detes benanntes Verbrechen (qualificierter Versuch) so
« treten die Grundsätze von konkurrierenden Verbrechen
« ein, und es wird, auf die ordentliche Strafe des vollen-
« deten Verbrechens mit Schärfung erkannt. »

(Mittermaier zu Feuerbach. 12. Auflage, S. 206, Note 2.)

Selon lui, c'est donc à la gravité du délit consommé qu'il faut mesurer le châtiment. Dans le fait que cette infraction n'est que le premier pas, un acheminement vers le but que se proposait l'agent, Mittermaier ne voit qu'une circonstance aggravante.

Nous renvoyons à la partie dogmatique l'analyse des observations formulées au sujet de la tentative complexe dans les ouvrages récents.

Nous terminons cette succincte revue historique par la juxtaposition de quelques textes tirés des législations pénales modernes.

1. FRANCE : Code pénal. — Art. 2. « Toute tentative de
« crime qui aura été manifestée par des actes (d'exécution) exté-
« rieurs et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été
« suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances

« fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur est considérée comme le crime même. »

La teneur de ce texte coupe court à toute discussion au sujet de la quotité de la peine applicable à la tentative complexe.

Quant à l'immunité pénale promise au désistement volontaire, la jurisprudence n'a jamais étendu ses effets au délit spécial constitué par les actes d'exécution.

2. HESSE : 1841. — Art. 64. « Handlungen durch welche die Ausführung eines beabsichtigten Verbrechens angefangen wird, sind als Versuch dieses Verbrechens zu bestrafen. »

Art. 69. « Der noch nicht beendigte Versuch, als solcher ist strafflos, wenn der Täter nachweist, daß er nicht wegen physischen Unvermögens oder anderer zufälliger, von seinem Willen unabhängiger Umstände, sondern freiwillig aus Reue von dem Unternehmen und zwar gänzlich abgestanden ist. »

3. BADEN : 1845, complété en 1851. — Art. 106, 107 = mêmes dispositions que dans le code français sauf quotité de la peine.

Art. 117. « Hat der Thäter nach einem nicht beendigten Versuche das Verbrechen freiwillig wieder aufgegeben, so sind die Versuchshandlungen als solche strafflos. Enthalten sie jedoch selbst ein eigenes Verbrechen, so tritt die hierdurch verschuldete Strafe ein. »

4. THÜRINGISCHES STRAFGESETZBUCH : 1849. — Art. 26. — L'immunité pénale est accordée à l'agent qui se désiste : « Sofern nicht dasjenige was er schon zur Ausführung des Verbrechens gethan hat, als ein besonderes Verbrechen strafbar ist. »

5. PRUSSE : 1851. — Art. 31. « Der Versuch ist nur dann strafbar wenn derselbe durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und nur

« durch äußere, von dem Willen des Täters unabhängige Umstände gehindert worden ohne Erfolg geblieben ist. »

6. AUTRICHE : 1852. — Art. 8, 9, 10. Renferment les mêmes dispositions.

7. MEKLEMBURG. Reproduction de l'art. 178, Caroline.

8. BRUNSCHWEIG. Ne contient pas de disposition au sujet du désistement.

9. BAYERN : 1861. (47). — **LUBEC : 1863 (29)** mêmes art. que code prussien.

10. BREME : 1869. — Art. 69. « Der Versuch als solcher bleibt in allen Fällen strafflos, wenn der Täter von der Vollführung der beabsichtigten Tat freiwillig und gänzlich abgestanden ist. »

11. HAMBURG : 1869. — Art. 35. « Wenn der Täter von der angefangenen Ausführung des Verbrechens aus freiem Antriebe völlig absteht so bleibt der Versuch straffrei. — Ist jedoch das geschehene schon an sich mit Strafe bedroht, so kommt diese zur Anwendung. »

12. EMPIRE ALLEMAND : 1871. — § 46. « Der Versuch als solcher bleibt strafflos, wenn der Täter :

« 1. Die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder

« 2. zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat. »

13. CODICE PENALE PEL REGNO D'ITALIA, 20 novembre 1859, — Art. 96. « E punibile qualunque tentativo di crimine o di delitto, che sarà stato manifestato con un principio di esecuzione, se questa non fu sospesa o non manco di

« produrre il suo effetto che per conseguenze fortuite od indipendenti dalla volontà dell'autore. »

Codice penale per il regno d'Italia, 30 giugno 1899 :

Titre V. Del tentativo. — Art. 61. — « Colui che, a fine di
« commettere un delitto, ne comunica con mezzi idonei l'esecuzione, ma per circostanze indipendenti dalla sua volontà non
« compie tutto ciò che è necessario alla consumazione di esso,
« è punito con la reclusione non inferiore ai dieci anni, ove la
« pena stabilita per il delitto sia l'ergastolo, e negli altri casi con
« la pena stabilita meta ai due terzi.

« Si volontariamente desista dagli atti d'esecuzione del delitto,
« soggiace soltanto alla pena stabilita per l'atto eseguito, ove
« questo costituisca di per se un reato. »

14. SUISSE : 1. Code pénal fédéral, 4 février 1853. —

Art. 14. « Il y a tentative d'un crime ou d'un délit lorsqu'une
« personne, dans le dessein qu'elle a conçu de le commettre, a
« fait un acte extérieur qui peut être envisagé tout au moins
« comme un commencement d'exécution de ce crime ou de ce
« délit. »

Art. 16. « Pour déterminer la peine qui doit être appliquée à
« la tentative, le juge prend surtout en considération le développement qu'a déjà pris l'action coupable, le motif qui en a
« empêché l'accomplissement, le degré de persévérance du délinquant, et enfin le péril plus ou moins imminent qu'a couru
« le droit menacé. »

2. Lois cantonales : Aargau, 1857. — § 23. « Wer den
« bösen Vorsatz der Begehung eines Verbrechens durch eine
« äußere, zur wirklichen Verübung führende Handlung unverkennbar an den Tag legt, das Verbrechen aber gegen seinen
« Willen wegen Unvermögens, wegen Dazwischenkunft eines
« fremden Hindernisses, oder wegen eines Zufalls nicht vollenden kann, macht sich des VERSUCHES zum Verbrechen
« schuldig. »

Appenzell (R. E.) 1878. — Ne voit dans le désistement qu'une cause de diminution de la peine (§ 26).

Basel : 1873. — § 27. « Ist der Täter von seinem Vorhaben,
« ohne an der Ausführung desselben durch äußere Umstände
« gehindert worden zu sein, abgestanden, so tritt keine Strafe
« des versuchten ein. »

Bern : 1866. — Art. 32. — « Ist der Täter aus freiem Willen
« von der Vollendung der strafbaren Handlung zurückgetreten,
« so ist seine Handlung strafflos. Liegt in der Versuchshandlung
« bereits eine Rechtsverletzung, so soll er nur für diese bestraft
« werden. »

Fribourg : 1873. — Art. 35, 36, 37, 38, 39, 40 et 41. « La
« tentative n'est pas punissable lorsque l'auteur a spontanément
« renoncé à accomplir son dessein.

« Néanmoins si les actes de la tentative constituent en eux-
« mêmes un fait illicite distinct, la peine de ce fait sera
« applicable.

Genève : 1874. — Art. 5-6. Mêmes dispositions.

Lucerne : 1861. — Art. 31. Idem.

Grisons : 1851. — Art. 28. Idem.

St-Gall : 1885. — Art. 31. Idem.

Schaffhouse : 1861. — § 83. Idem.

Valais : 1859. — Art. 59. Idem.

Zurich : 1880. — Art. 36. « Celui qui se désiste volontaire-
ment n'est passible d'aucune peine. »



DEUXIÈME PARTIE



CHAPITRE PREMIER

§ 1. Des hypothèses réunissant les divers éléments de la tentative complexe.

Dans la première partie de notre travail, nous avons analysé les divers éléments constitutifs de la tentative complexe. Nous allons l'étudier maintenant en la considérant dans son ensemble. Nous nous attacherons surtout à mettre en relief les diverses modifications que le complexe subit ensuite des changements survenus dans les éléments qui le composent.

Rappelons, en tout premier lieu, la condition foncièrement nécessaire à l'existence de la tentative complexe.

Le délit spécial doit constituer *un commencement d'exécution* du crime que l'auteur avait résolu de commettre. Il ne suffit pas qu'on puisse le considérer comme un acte préparatoire.

Comme exemple de l'hypothèse discutée, Hepp ¹ donne le cas suivant :

¹ « Abhandlungen aus dem Strafrechte » (S. 512).

Primus médite un vol chez Secundus, et à cette fin il dérobe une échelle chez Tertius.

Nous voyons immédiatement qu'entre ces deux délits, le lien en vertu duquel un premier délit est le commencement d'exécution d'une deuxième infraction n'existe pas.

En effet, quelle connexité y a-t-il entre le vol que le délinquant complotte et la soustraction de l'échelle qui doit lui faciliter l'escalade du bâtiment où il veut pénétrer ?

Le premier acte est commis dans le but de préparer le deuxième, afin d'en rendre l'exécution possible. Il n'existe donc entre la soustraction de l'échelle et le vol projeté qu'un lien subjectif. Le premier acte est une manifestation extérieure de la volonté coupable, résolue à perpétrer une deuxième infraction. Nous avons précédemment montré que cette relation, toute subjective, ne suffit pas à constituer l'élément matériel de la tentative ; il faut nécessairement que cette résolution ait pris corps dans un commencement d'exécution.

Les faits dont Primus s'est rendu coupable forment une seule infraction, un vol. S'il réalise son projet tout entier, nous aurons réuni tous les éléments constitutifs du concours matériel, parce qu'il aura commis deux délits tout à fait distincts.

Une étude comparative des différentes hypothèses où nous trouvons réuni tous les éléments de la tentative complexe, nous permettrait de constater que nous pouvons les grouper en deux catégories se distinguant par des caractères précis.

En effet, si, bien souvent, le fait illicite contenu dans les actes d'exécution est un élément constitutif essentiel du crime que le délinquant avait résolu, parfois, au contraire, il n'est point une condition strictement nécessaire à sa réalisation, mais simplement un moyen choisi entre

plusieurs autres qui pouvaient également le conduire au but poursuivi.

Deux exemples où s'accuseront les caractères propres de chacun de ces types nous faciliteront l'exposé des observations que nous avons à formuler à ce sujet.

§ 2. 1^{re} Hypothèse.

Dans l'intention de lui donner la mort, Primus blesse Secundus. Ce dernier ne succombe pas aux lésions corporelles dont il a été victime.

Ces faits réunissent tous les éléments constitutifs de la lésion corporelle, puis ceux attestant de la tentative de meurtre. Le délinquant avait l'intention de donner la mort; les coups et blessures sont à considérer comme un commencement d'exécution du crime d'homicide. Dans l'exemple analysé, le délit spécial contenu dans la tentative, représente une étape que l'agent doit nécessairement franchir pour atteindre la fin qu'il se propose. Il a pris le chemin conduisant tout droit au point où ses efforts tendent. Le délit spécial, constitué par les actes d'exécution, est, dans ce cas, un « notwendiger Durchgangspunkt ». Il est, en effet, impossible d'ôter la vie à un homme sans porter atteinte à son intégrité corporelle ¹.

¹ Parmi les considérants d'un jugement consigné au vol. XXVIII, p. 211 des arrêts de la Cour suprême de Vienne, nous lisons la remarque suivante :

« Mag das zur Tötung gewählte Mittel auch so rasch wirksam
« sein, daß dem getöteten der Vorgang gar nicht zum Bewußtsein
« kommt, daß er insbesondere ein Schmerzgefühl nicht hat, immer
« muß sein Körper in einer Weise in Mitleidenschaft gezogen werden,
« damit die ihm widerfahrenen Behandlung, als Körperverletzung im
« Sinne des § 223 Straf. G. B., sich darstellt. »

La lésion constitue donc un élément essentiel de l'homicide.

Il ne saurait, dès lors, être question ici de concours d'infractions, puisque, même l'auteur eût-il atteint son but, il ne serait coupable que d'un seul crime, le meurtre. A tous les cas de tentative complexe, Feuerbach voulait faire application des règles concernant le cumul des infractions ¹.

Nous avons acquis maintenant la preuve évidente que la solution proposée ne saurait s'étendre à toutes les hypothèses. Nous ne pouvons, dès lors, lui reconnaître une portée générale.

C'est au degré de développement de la mise à exécution que le juge mesure la gravité de la tentative. Or souvent la constatation du délit spécial contenu dans les actes d'exécution, servira précisément à en déterminer l'extension. Cet élément exercera par conséquent, dans certains cas, une influence déterminante dans le dosage de la peine.

§ 2. II^{me} Hypothèse.

Primus, dans l'intention de faire périr Secundus, met pendant la nuit le feu à la maison où il demeure. Réveillé par le crépitement des flammes, ce dernier échappe à une mort imminente.

¹ Dans son ouvrage p. 308, Hepp critique cette conception. Les raisons qu'il donne à l'appui de son opinion nous ont cependant permis de constater qu'il tombe lui aussi un peu dans la même erreur. Nous reproduisons une phrase où il résume sa pensée : « Der äußere Erfolg gehört nicht zum Begriff des Versuchs ».

Il y a lieu de faire remarquer que, si la tentative peut exister sans que nécessairement un dommage matériel ait été causé, il n'en n'est pas moins vrai qu'elle comprend tous les actes d'exécution. Tous, sans exception, jusqu'au moment où l'infraction est réputée consommée, font partie de la tentative.

Le moyen devant servir à la réalisation de son projet n'est point celui conduisant droit au but visé. Ici le délit spécial n'est point un élément constitutif nécessaire du crime que l'agent a tenté de commettre.

Dans l'hypothèse précédente, l'infraction consommée contenue dans les actes d'exécution faisait partie intégrante du crime projeté. Il n'en est pas de même dans le cas présent. Si Secundus avait succombé, le juge aurait à punir une double infraction consommée, un incendie et un assassinat. Mais Secundus ayant échappé à l'agression dont il a été victime, il ne saurait être question de meurtre.

L'incendie cependant constitue évidemment un commencement d'exécution du second crime. Le délinquant est dès lors coupable d'incendie et de tentative d'assassinat. Ce double délit ayant été commis par un seul et même acte, il réunit tous les éléments du cumul immatériel. Au lieu de s'attaquer directement à la vie de celui dont il a résolu la perte, l'agent pose un premier acte qui constitue par lui-même une infraction consommée, abstraction faite de la volonté qui en fait le commencement d'un assassinat.

Dans la première hypothèse, les actes d'exécution considérés objectivement constituent aussi, il est vrai, une infraction consommée. Mais, dans ce cas, ces actes représentent une partie des éléments essentiellement nécessaires de l'homicide, la lésion corporelle faisant partie intégrante de la tentative de meurtre. La loi a défini l'homicide. Lorsque les actes d'exécution ne sont qu'une partie des éléments constitutifs indispensables de ce délit, comment admettre qu'il puisse s'agir d'un concours d'infractions ?

Dans l'espèce discutée, par contre, le juge se trouve en présence de deux délits et non point, comme dans l'hypothèse analysée tout à l'heure, d'un acte revêtant un double caractère. Le délinquant s'est rendu coupable d'abord de violation du droit de propriété. Avant même d'avoir porté

la plus légère atteinte à la personne de celui qu'il veut immoler à sa vengeance, il a donc commis déjà une infraction consommée. Il n'a posé, il est vrai, qu'un seul acte, mais ce dernier constitue la lésion de deux droits distincts : la propriété et l'intégrité corporelle.

Puisqu'il n'existe pas de tentative involontaire, ce cumul sera composé d'une tentative et d'un délit consommé volontaire, ou d'une tentative et d'un délit consommé involontaire.

Dans l'exemple donné ci-dessus, la volonté de l'auteur embrasse à la fois et la première et la deuxième infraction. C'est ce dernier cas que l'on rencontrera le plus fréquemment.

Il peut arriver cependant que les actes posés aux fins d'obtenir tel résultat portent atteinte à un droit auquel le délinquant ne voulait pas s'attaquer. Le cas suivant nous en fournit un exemple. — *Primus s'embusque dans un grenier au bord du chemin. Il y attend son adversaire qui doit passer par là. L'apercevant, il le couche en joue et tire sur lui un coup de fusil. Le projectile manque le but, mais l'explosion de la poudre communique le feu au grenier qui est réduit en cendres.*

L'incendie, le délit consommé, ne constitue point dans ce cas une infraction volontaire. Cependant, puisqu'il y a lieu de relever à cet effet une faute imputable à l'agent, elle sera attribuée à son imprudence.

A tous les cas rentrant dans cette deuxième catégorie, le juge appliquera les dispositions relatives au cumul d'infractions.

Il y a plusieurs espèces de concours d'infractions.

Les criminalistes sont malheureusement loin d'être d'accord sur le nombre des catégories à établir et sur les différences qui les spécifient. — D'une manière générale, le juge est en présence d'un concours d'infractions, lorsque

le même agent ayant commis plusieurs délits n'a encore été condamné pour aucun d'eux.

Le concours peut être matériel ou immatériel. Il y a cumul immatériel chaque fois que par un seul et même acte le délinquant commet plusieurs infractions. La pluralité d'infractions est engendrée ici par la multiplicité d'effets et non par la pluralité de causes. Ces infractions peuvent être de même nature ou de nature diverse, suivant que l'auteur aura enfreint plusieurs dispositions pénales différentes ou bien, au contraire, qu'il n'en aura violé qu'une seule, mais d'une manière multiple.

Plusieurs criminalistes ont soutenu que cette hypothèse ne réunit pas les éléments nécessaires à l'existence d'un concours d'infractions, parce qu'une seule disposition de la loi a été violée.

Bien qu'un seul acte constitue l'élément matériel des délits dont l'agent s'est rendu coupable, ce dernier n'en a pas moins commis plusieurs infractions. Il a, en effet, porté atteinte à plusieurs droits qui tous sont protégés par la loi. D'un coup de revolver l'assassin tue Primus et Secundus ; il n'a pas seulement, d'une manière générale, transgressé la loi qui défend d'attenter à la vie de son prochain, mais il a lésé le droit que Primus et Secundus ont à la vie.

La loi pénale défend de produire tel effet, tel résultat qui constitue un acte antisocial, un trouble de l'ordre établi.

L'infraction consiste donc précisément dans la production du fait que la loi tend à empêcher. Or, si l'agent produit non plus un seul effet défendu par la loi, mais plusieurs, nous sommes nécessairement en présence d'une pluralité d'infractions.

Parce qu'elles ont leur source dans un seul acte, on a surnommé ce concours d'infractions cumul immatériel.

La volonté de l'agent est ici moins coupable que dans les cas de concours réels où par des actes différents l'agent enfreint, à réitérées fois, la loi pénale.

Le criminel qui, à plusieurs reprises, commet une infraction fait preuve d'une volonté plus perverse que celui qui, par un seul acte, commet à la fois les mêmes délits.

Dans le premier cas, en effet, la volonté s'est déterminée à plusieurs reprises à enfreindre la loi.

Quant à la matérialité de l'acte, elle est parfaitement identique dans les deux hypothèses. Les effets sortis, les conséquences engendrées sont les mêmes de part et d'autre.

Dans la cause qui les a produits existe, il est vrai, une différence, mais celle-ci n'est pas essentielle. L'élément matériel du crime consiste, en effet, en l'immixtion dans le jeu des forces naturelles du facteur qui va causer l'effet dont la loi pénale cherche à empêcher la réalisation. Que ce résultat soit engendré par un seul acte ou par plusieurs actes successifs, ceci ne change en rien l'élément matériel du délit ¹.

La règle communément suivie est que dans cette hypothèse on applique au délinquant uniquement la peine du délit le plus grave, le concours intellectuel d'infractions ne devant jamais entraîner le cumul des peines.

Ce principe trouvera donc application dans les cas où la tentative complexe constitue un concours d'infractions.

¹ Il est certains actes qui, au premier abord, semblent violer plusieurs dispositions légales différentes. On pourrait, dès lors, être tenté de croire qu'ils constituent un concours d'infractions. Un examen plus minutieux nous convaincra cependant bientôt qu'en réalité une seule disposition légale a été violée soit parce que l'article qui le vise est en opposition avec les dispositions d'ordre général ou parce que les autres lois n'ont qu'une portée subsidiaire (Gesetzkonkurrenz).

Le délinquant sera donc frappé de la peine la plus grave.

Ce sera tantôt celle de la tentative, tantôt celle du délit consommé. Si, par contre, c'est le même châtiment qu'elle réserve aux deux délits, on l'applique une seule fois dans les limites laissées au juge entre le maximum et le minimum.

Nous ne parlerons pas du concours matériel qui suppose toujours une pluralité de faits délictueux. Dans l'hypothèse que nous étudions nous ne trouverons jamais réunis les réquisits constitutifs de ce genre de cumul, puisque la tentative complexe suppose inéluctablement que l'élément matériel de la tentative et du délit spécial consiste en un acte unique.

Dans le cas où l'auteur de la tentative complexe a été déterminé à la perpétration du crime par un tiers, ce dernier ne répondra que de la provocation au délit dont il a confié l'exécution, à moins qu'il n'ait prévu ou dû prévoir l'accomplissement du délit spécial dont le délinquant s'est rendu coupable.

Les principes qui régissent le concours des infractions paraissent très clairs et d'une application facile. Il n'est pas rare cependant de rencontrer dans la pratique des cas de tentative complexe dont la solution présente de très sérieuses difficultés.

Entre nombre d'autres, tous très intéressants, nous choisissons le suivant que nous allons essayer de résoudre.

— *Primus, dans l'intention de le tuer, décharge son revolver sur Secundus. Il le manque, mais la balle va frapper quatre-vingts mètres plus loin un individu dont Primus ignorait la présence en cet endroit.*

De ceux qui ont analysé cette hypothèse, plusieurs ont conclu à l'existence d'un simple assassinat. Voici comment ils justifient leur opinion. Le délinquant, dans l'intention

de tuer, a délibérément posé les actes qui ont causé la mort d'un homme. Conséquemment, il s'est rendu coupable d'homicide volontaire.

La prémice à la base de ce raisonnement contient une erreur. La conclusion qu'ils en tirent, par voie de déduction, logique du reste, ne saurait dès lors, avoir pour nous aucune force probante.

Il n'est pas exact, en effet, de dire d'une manière générale que Primus voulait tuer. Au moment où il déchargeait son arme, c'était la mort d'une personne déterminée qu'il voulait causer et non point celle d'une personne quelconque.

Il ne s'agit pas, en effet, dans cette hypothèse, d'un *dolus indeterminatus*, c'est-à-dire d'une volonté déterminée quant à la nature de l'acte lui-même sans qu'elle se soit désignée un objet précis.

Dans le cas particulier, le délinquant était déterminé spécialement quant à l'objet du crime, quant au but vers lequel tendait son effort : c'était Secundus qu'il voulait tuer. On le prétend coupable d'homicide volontaire, alors que s'il avait prévu qu'en tirant sur Secundus il mettait en danger la vie de Tertius, l'accusé, pour l'épargner, aurait peut-être renoncé à l'exécution de son projet.

L'homicide volontaire suppose nécessairement un rapport de causalité voulue entre l'acte incriminé et la mort de celui qui succombe. Or, cette indispensable condition fait évidemment défaut lorsque le délinquant n'a pas volontairement causé la mort de la victime.

La solution proposée nous paraît, dès lors, inadmissible.

L'hypothèse analysée réunit, à notre avis, tous les éléments de la tentative d'assassinat et de l'homicide par imprudence. L'agent a volontairement attenté à la vie d'une personne. Si la balle qu'il lui destinait avait porté juste, il l'aurait, en effet, tué. Ces actes constituent évidemment

une tentative de meurtre. Le crime manqué n'est, en effet, qu'une tentative consommée.

De plus, en déchargeant son revolver sur une place publique, il s'est rendu coupable d'une grave imprudence qui a causé la mort de celui que le projectile a frappé. C'est l'homicide par imprudence ¹.

¹ Il ne saurait être question d'homicide par imprudence si la mort de Tertius ne pouvait être attribuée ni à la négligence, ni à l'imprévoyance de Primus.



CHAPITRE II

Du désistement.

a) Notions générales.

Dans la mise à exécution de son projet, le délinquant se heurte parfois à des obstacles tels qu'il est contraint à s'arrêter.

Mais il se rencontre aussi que la suspension dans l'exécution d'un acte délictueux soit le fait unique d'un mouvement spontané de la volonté.

Dans les deux cas sont réunis tous les éléments constitutifs de la tentative, puisque, dans tous deux on peut établir à la charge de l'agent, d'abord la résolution de commettre le crime, puis un commencement d'exécution. La peine applicable à cette infraction est, dès lors, encourue.

Cependant, pour des raisons que nous allons rechercher, toutes les législations voient dans le désistement volontaire une cause d'impunité.

Un instant de réflexion suffit à convaincre qu'il est une mesure d'élémentaire prudence de laisser à celui qui s'est engagé sur le chemin du crime la possibilité de revenir sur ses pas. En effet, pour conjurer un grand malheur, il suffira peut-être de promettre à celui qui était en passe de

devenir un assassin ou un voleur la remise de la peine applicable aux actes illicites dont il s'est rendu coupable. Si l'on ne tenait nullement compte du désistement volontaire, l'agent trouverait, pour ainsi dire, dans la loi même, une raison le poussant à parfaire son crime.

Ayant encouru déjà les rigueurs de la loi, sentant l'imminence de la condamnation, sachant perdu son honneur qui lui est peut-être plus cher que la liberté, il voudra au moins, comme compensation, se donner de savourer dans sa plénitude la joie de la vengeance assouvie.

C'est une raison de politique sociale qui a fait passer cette règle dans les codes. Ce sont des motifs d'opportunité¹ qui ont déterminé le législateur à ne point couper toute retraite à l'agent qui s'est engagé sur le chemin du crime. Si la loi lui offre le salut, c'est qu'elle veut prévenir un malheur, épargner à la victime un dommage plus grand.

Les criminalistes qui prétendent trouver dans la nature même de la tentative la justification de l'immunité pénale promise au désistement volontaire ont appuyé leur système sur des arguments de deux ordres différents.

Afin d'éviter la grosse difficulté de prouver l'effet rétroactif du désistement, les uns, comme l'a fait Herzog, ont falsifié la notion de la tentative pour essayer de nous faire admettre ensuite qu'elle n'a jamais existé.

¹ A ce sujet :

a) GARRAUD.

b) LISZT, « Lehrbuch », 194.

c) GOLTDAMER, « Archiv für preußisches Strafrecht », B. II, 431.

d) KLEINSCHROD, KONOPAK, MITTERMAIER, Vol. I, p. 200. — Man kann die Strafflosigkeit als rechtlich nicht deducieren. Derjenige, welcher mit böser Absicht die zweckmäßigen Handlungen vorgenommen hat, hat bereits solche Handlungen verübt, in welchen das Unrecht unzweideutig ist.

e) ORTOLAN, « Droit pénal », 448.

f) BOITARD, « Leçons de droit », § 22, etc...

Les autres prétendent que le désistement volontaire efface l'acte par lequel la volonté coupable s'est déterminée à commettre l'infraction. L'élément matériel faisant, dès lors, totalement défaut, il ne saurait plus être question de punir la tentative, puisqu'elle n'existe plus.

Il est aisé de démontrer que ces deux solutions contiennent des erreurs principales.

Qu'il nous suffise, en ce qui concerne la première, de rappeler ici les principes exposés au sujet de la tentative. Nous avons démontré qu'elle existe dès que la résolution de commettre le crime a été manifestée par un commencement d'exécution.

Herzog, dans l'ouvrage dont nous avons parlé plus haut, traite longuement de cette intéressante question et résume, dans l'exposé des motifs à l'appui de sa thèse les différents arguments que nous trouvons chez les juristes qui patronnent ce système ¹.

Pour lui, le délinquant n'est coupable de tentative qu'à partir de l'instant où perdant toute action sur le facteur qu'il soumet à l'action des forces aveugles de la nature, il attend passivement la production du résultat désiré. La tentative n'est dès lors punissable qu'à la condition de revêtir tous les caractères du crime manqué.

Nous devons reconnaître à la société le droit de punir tout acte qui trouble l'ordre sans lequel elle ne saurait exister. Or, force nous est de convenir qu'il serait inhabi-

¹ Freilich unmittelbar herbeiführen vermag der Mensch Veränderungen der Außenwelt nicht, nur eine Tätigkeit vermag er zu entfalten, ein Verhalten vermag er einzuschlagen, von welchem er jene erwartet. Berücksichtigt man dies, so kann man nicht im Zweifel sein, wie naturgemäß die staatliche Norm lauten muß. Nicht wird sie sagen : Du sollst nicht den Erfolg bewirken, sondern : Du sollst kein Verhalten einschlagen, von dem du den Eintritt jenes erwartest. Aber auch noch diese Form bedarf der Auslegung. Das Richtige trifft erst die Formierung : Du sollst kein derartiges Verhalten durchführen. 271.

table le pays où les voleurs et les assassins pourraient impunément épier leurs victimes, bénéficiant du privilège de l'impunité aussi longtemps qu'ils n'ont pas encore déchargé leur revolver.

Ne serait-il pas illusoire le droit de légitime défense, s'il n'existait que pour celui que l'agresseur a déjà frappé de son poignard ?

Les conséquences absurdes auxquelles conduisent fatalement les principes exposés par Herzog nous prouvent à l'évidence que sa théorie est fausse.

On ne saurait, dès lors, admettre que seuls constituent la violation d'un droit les actes dont les effets ne peuvent plus dans leur développement être enrayés par leur auteur.

Herzog croit justifier sa théorie en disant qu'alors seulement l'agent aura donné la preuve évidente que sa volonté est fermement résolue à commettre l'infraction. Nous ne croyons point que la constatation d'un commencement d'exécution soit un critère indiquant d'une manière invariablement exacte l'intensité de la volonté. Il est certains actes préparatoires qui fournissent de la fermeté de la résolution qui y préside, une preuve évidemment aussi convaincante que la perpétration du crime lui-même.

Nous ne saurions, du reste, admettre qu'au moment où il tente de mettre son projet à exécution l'agent puisse n'en pas vouloir la réalisation.

La tentative, dans sa notion vraie, ne constitue donc point, comme on l'a prétendu, une simple faute morale jusqu'au moment où elle réunira tous les éléments du crime manqué.

Nous nous refusons donc à considérer les actes d'exécution comme un simple moyen de prouver l'existence de la volonté coupable, puisqu'ils sont, en réalité, un élément constitutif de la tentative. Ils font, en effet,

partie intégrante de l'infraction que la loi défend sous peine de châtement.

La loi, du reste, ne frappe pas leur auteur uniquement parce qu'ils ont trahi son dessein criminel, mais parce que cette volonté coupable en a fait le commencement d'un délit et les a désignés comme portant atteinte à un droit protégé par la loi.

Herzog altère la notion de la tentative. La conclusion qu'il tire de prémices fausses ne saurait, dès lors, avoir que l'apparence de la vérité, bien que le sophiste la présente comme le résultat d'une déduction logique.

La volonté de commettre le délit, manifestée par un commencement d'exécution, constitue évidemment un trouble social, un acte que l'on ne saurait tolérer. Que devient la sécurité d'un droit dont la jouissance n'est pas garantie par la loi et auquel le voisin peut s'attaquer impunément.

En justification de sa théorie, Herzog avance un second argument.

Nous reproduisons textuellement le passage où il est formulé :

« Die Tatsache ist eben nicht zu leugnen, daß der unbe-
« dingte Versuch prinzipiell faktisch die Eigenschaften des
« Deliktes nicht hat. Einerseits ist er nicht Normverletzung :
« denn der Wille des Gesetzgebers, den Erfolg X zu ver-
« hindern, rechtfertigt nicht, daß er sämtliche Wege nach
« diesem Punkte verbietet. »

Notons que la comparaison choisie n'est pas du type dont il soit permis de dériver les conclusions qu'on en a tiré. En effet, ce ne sont pas tous les chemins pouvant conduire au point X que le législateur a fermés. Il n'a défendu l'accès que de la voie qui y mène exclusivement.

Or, comment contester à la loi le droit de punir celui

qu'elle surprend sur la voie où ne s'engage que le délinquant déterminé à commettre le crime ?

A ceux qui attribuent au désistement volontaire un effet rétroactif effaçant les actes d'exécution, nous répondons que les faits appartenant au passé lui sont définitivement acquis. Ils nous échappent totalement puisque sur ceux-là nous n'avons plus aucun moyen d'action ¹.

Le désistement le plus parfait ne saurait, dès lors, rien modifier dans les actes posés par le délinquant.

La volonté coupable qui présida aux actes d'exécution est le lien qui rattache la tentative au crime dont elle marque le commencement. Mais ce lien n'est pas un simple trait d'union que l'agent peut faire disparaître comme bon lui semble, sans qu'il n'en reste aucun vestige. C'est bien plutôt une artère qui nourrit l'exécution du crime, une attache qui abandonne après le désistement sur les actes posés, comme du fait d'un nœud ferme la trace profonde de la volonté criminelle et lui imprime une physionomie qui ne saurait s'effacer.

Ce cachet dont la volonté les scelle en a fait une partie du crime dont le délinquant avait arrêté l'exécution. Ces faits avec l'empreinte que leur a laissée la volonté coupable appartiennent déjà au passé, et l'abandon de ce projet coupable dont l'auteur regrette d'avoir commencé l'exécution ne saurait effacer les traces qu'il a laissées sur le chemin du crime.

Ce n'est donc pas dans la nature de la tentative que nous devons chercher la source de l'immunité pénale. Cette faveur est accordée en considération de motifs d'un ordre tout différent. Ils ne sauraient être autres que les

¹ OSENBRUGGER, « Abhandlungen », § 37, a dit en parlant de la tentative : « Tatsachen sind unerbittlich ».

FAUSTIN HÉLIE, I, 367, etc.

raisons politiques et utilitaires que nous avons invoquées plus haut.

Il ne faudrait point cependant prétendre pour autant que cette institution ne repose sur aucun fondement juridique.

La justification de la peine, en effet, suppose qu'elle revête le double caractère de justice et de nécessité. Mais dire qu'une peine est nécessaire, c'est affirmer évidemment qu'elle produit d'utiles effets. De ce principe fondamental nous déduisons la conclusion suivante : Dans tous les cas où la société a plus d'intérêt à pardonner qu'à punir, elle n'est plus en droit d'infliger un châtement.

Si donc, le motif éloigné de cette immunité est une raison toute utilitaire, nous trouvons la justification de sa cause directe dans des considérations purement juridiques.

Il nous reste maintenant à déterminer les conditions sous lesquelles le délinquant accusé d'une tentative a droit au bénéfice de cette immunité. Nous prenons souci de retenir le résultat de nos recherches au sujet des motifs justifiant l'octroi de cette faveur.

Elles nous aideront à résoudre les difficultés que nous rencontrerons sur le terrain où nous allons nous engager.

Tout d'abord cette concession suppose que le délinquant a suspendu l'exécution du crime qu'il était résolu à commettre. Il s'ensuit donc, que l'auteur d'un délit consommé ne saurait, dans aucun cas, prétendre au bénéfice de cette immunité pénale.

Voyons, en tout premier lieu, quel sens nous devons attribuer au mot désistement.

D'une manière générale, le désistement consiste dans le fait du délinquant qui rompt définitivement le lien qui unissait les actes d'exécution au but vers lequel ils tendaient. Ce principe paraît tout d'abord être d'une

application facile et constituer un critérium qui soit un guide sûr dans l'analyse de tous les cas concrets.

Un instant de réflexion suffit cependant à nous prouver qu'il n'en est rien. Ils sont nombreux, en effet, les cas dont la solution offrira de sérieuses difficultés. Supposons, par exemple, que le délinquant, après avoir posé un acte d'exécution, s'éloigne des lieux où il opérait. Si cet acte est un premier pas qu'il n'aura plus à refaire au moment où il achèvera son crime, il ne sera pas facile de savoir si le délinquant a vraiment renoncé à l'exécution de son projet. Comme il ne suffit point au délinquant de surseoir à l'exécution pour être admis à prétendre au bénéfice de l'immunité, celle-ci lui est accordée uniquement dans les cas où le juge acquiert la preuve qu'il y a définitivement renoncé. Il ne pourra, dès lors, être considéré comme s'étant désisté, celui qui ne s'éloigne que momentanément du lieu où il opère, juste le temps nécessaire, par exemple, de se procurer un instrument dont l'usage facilitera l'exécution de son projet.

Toutes les législations subordonnent, en outre, l'octroi de la faveur dont nous parlons à la spontanéité du désistement. Il ne suffit donc point que l'agent ait suspendu l'exécution du délit, il faut qu'il y ait renoncé *motu proprio*, c'est-à-dire sans y avoir été contraint par une cause indépendante de sa volonté. Le désistement doit être un acte volontaire, c'est-à-dire émanant d'une volonté qui s'est déterminée librement. Cette conséquence découle naturellement et nécessairement de la nature de cette institution que nous savons reposer uniquement sur des considérations politiques et utilitaires. Quel intérêt y aurait-il, en effet, à faire grâce au délinquant qu'un obstacle insurmontable arrête dans l'exécution de son projet ?

Mais qu'est-ce que cette spontanéité du désistement ? En quoi consiste-t-elle ? Suffit-il pour avoir droit à

l'immunité promise au désistement volontaire que l'agent ait suspendu l'exécution d'un crime qu'il aurait, absolument parlant, pu consommer?

Dans la pièce voisine de celle où il opère, le voleur aperçoit tout à coup de la lumière; il entend le propriétaire soudain éveillé appeler ses gens. Il serait évidemment téméraire de ne point reculer devant le danger imminent d'être surpris en flagrant délit. Grâce à l'obscurité le voleur disparaît sans être aperçu.

On a tôt reconnu que, pour n'être pas absolument insurmontable, l'obstacle auquel s'est heurté la tentative du délinquant entrave cependant la libre action de sa volonté.

Si la difficulté qui a surgi et devant laquelle l'agent a rétrogradé suffit à paralyser une volonté fermement assise, nous ne saurions admettre que le désistement soit volontaire.

Nous sommes, en effet, dans ce cas, non plus en présence d'une volonté qui s'est déterminée librement, mais bien d'un agent qui sur le chemin du crime fut, malgré lui, arrêté par un obstacle ¹.

La Cour de cassation de Vienne a rendu conformément à cette théorie plusieurs arrêts que nous trouvons au Recueil officiel. (Voir Sammlung Strafsentscheidungen.) Nous reproduisons textuellement l'arrêt 1104 où elle donne un résumé des motifs qui justifient sa jurisprudence.

Arrêt N° 1104 : « Freiwilligkeit des Rücktritts vom Ver-
« suche ist nicht schon deshalb anzunehmen, weil das
« Hindernis, welches den Rücktritt veranlaßte, kein unü-
« berwindliches war... das Gesetz, ohne selbst eine Unter-

¹ A ce sujet, HERBST, droit pénal autrichien : « Handbuch des öster. Strafrechtes », 2. Aufl. 1, 884.

« scheidung ¹ zwischen überwindlichen und unüberwindli-
« chen Hindernissen zu treffen, schließt den Rücktritt,
« welcher straflos macht, in allen jenen Fällen aus, in
« denen es nur dieses fremde Hindernis war, welches,
« wenn auch nicht das absolute Unvermögen des Täters
« zur Ausführung der strafbaren Tat bedingte, denselbem
« gleichwohl in die Lage oder wenigstens in die Meinung
« versetzte, entweder dieses Hindernis beseitigen oder auf
« die Ausführung des Strafbaren verzichten zu müssen...
« ein fremdes Hindernis auch dann nach dem Gesetze
« vorliegt, wenn dasselbe nicht die absolute Unmöglichkeit
« der Ausführung des Verbrechens bedingt, ferner in der
« Erwägung, daß es in der Tat nicht als freiwilliger, spon-
« taner Rücktritt von der Ausführung des Verbrechens,
« nicht als freiwilliges Aufgeben des rechtswidrigen Wil-
« lens erscheint, wenn der Übeltäter nur deshalb von dem
« Verbrechen abläßt, weil sich der Ausführung desselben
« Hindernisse entgegenstellen, die er entweder gar nicht
« oder nur mit Überwindung besonderer Schwierigkeiten
« beseitigen könnte oder beseitigen zu können glaubt. »

Qualifier un acte de volontaire, c'est dire qu'il a été posé librement. Or, seule la volonté qui se détermine sans contrainte saurait présider à l'exécution d'un acte libre.

Les obstacles propres à paralyser l'action du délinquant sont de deux espèces différentes par leur nature. Ceux que nous classerons dans la première série appartiennent au monde des choses physiques, tandis que les autres sont de l'ordre psychique. Les premiers constituent une difficulté à laquelle se heurtent les forces physiques dont

¹ « Sammlung straf. Entsch. des k. k. obersten Ger.- und Cassat.-Hofes », V. 10, S. 131 ff. N^o 1104.

Die Vollendung des Verbrechens aber nur wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses...

l'agent dispose, c'est la résistance de la porte du coffre-fort, c'est le poids des objets volés qui l'oblige à renoncer au fruit de son larcin. Les autres, par contre, ne sont point un obstacle direct à la réalisation de son plan, mais l'action psychique qu'ils exercent en lui paralysent indirectement ses efforts. Une frayeur soudaine, une émotion profonde peuvent momentanément suspendre la liberté d'action de la volonté, c'est-à-dire la faculté de se déterminer et d'agir librement. Or, il ne saurait être question de désistement volontaire dans les cas où le délinquant ne jouit pas pleinement du libre exercice de ses facultés au moment où il renonce à l'exécution du crime ¹.

En raison de la grande difficulté de prouver l'absolue liberté d'action de la volonté, le juge doit présumer qu'il s'est désisté volontairement celui que nul obstacle physique n'a empêché de consommer son crime.

Certains criminalistes ont prétendu que le juge doit se borner à prendre le désistement volontaire en considération dans le cas où les mobiles qui ont déterminé le délinquant à renoncer à la consommation du crime ont une valeur morale.

C'est évidemment une erreur.

Le délinquant, en effet, ne saurait, par le repentir le plus sincère, effacer les actes répréhensibles dont il s'est rendu coupable; ce n'est point donc en considération de son retour à de meilleurs sentiments qu'on lui pardonne.

¹ La Cour de Vienne refusa le bénéfice de l'immunité pénale à deux accusés qui, à la vue du sang et des blessures horribles dont ils avaient lacéré leur victime, s'étaient enfuis terrorisés abandonnant inachevé celui qu'ils voulaient mettre à mort. Cet arrêt est basé sur le considérant suivant : « Von einem auf einen Willensentschluss zurückführbaren freiwilligen Abstehen von der Vollbringung der Tat kann somit keine Rede sein ».

Si l'on gracie, c'est, nous le savons, pour des raisons purement utilitaires.

Il doit, dès lors, aussi bénéficier de cette faveur celui qui, ayant posé les actes nécessaires à la réalisation de son projet, empêche volontairement cette cause de déployer ses effets.

La voie du salut doit lui rester ouverte aussi longtemps qu'il est en sa puissance d'en arrêter le développement. c'est-à-dire jusqu'au moment où la tentative est devenue un crime manqué ou une infraction consommée. Du reste, à mesure que l'agent s'approche du but auquel il tend, le danger s'accroît, et par conséquent, la nécessité de le prévenir devient plus pressante.

Il y a lieu de relever encore que, bien souvent, il a seul le pouvoir de le conjurer parce que seul il en connaît l'existence. Il est à remarquer, en outre, que l'on ne peut plus guère compter alors sur le hasard heureux qui arrête parfois le délinquant bien avant qu'il ait parcouru toute entière la chaîne souvent très complexe des actes d'exécution.

L'application d'une peine est justifiée dès qu'à la charge du délinquant l'accusation a fait la preuve des éléments constitutifs de l'infraction.

Or, la résolution de commettre le crime, manifestée par un commencement d'exécution, constitue une tentative. En renonçant à la consommation du crime, le délinquant, loin d'établir que la tentative n'a pas existé fournit plutôt la preuve du contraire, puisque le désistement suppose nécessairement que l'auteur a commencé l'exécution du délit. Le désistement volontaire est donc un moyen de libération. Celui-ci ne se présume pas. En effet, lorsqu'on pose un acte d'exécution, c'est qu'on veut commettre le crime dont il est le premier pas. Il s'en suit qu'il n'est pas néces-

saire pour motiver l'application des dispositions concernant la tentative de fournir la preuve que l'accusé ne s'est point volontairement désisté ¹.

Des effets de l'immunité pénale promise au désistement volontaire.

Voyons maintenant en quoi consiste l'immunité pénale promise au désistement volontaire et quels avantages elle procure à ceux qui en bénéficient.

Nous nous occuperons d'abord de déterminer les personnes qui ont droit à cette faveur.

Nous n'avons trouvé à la base de cette institution que des considérations d'ordre purement politique. On tend à l'agent une planche de salut, on lui promet la grâce, uniquement dans le but de le déterminer à renoncer au crime. Ce n'est, dès lors, que par un acte à lui personnel qu'il saurait mériter cette faveur. Coauteurs et instigateurs ne seront donc point admis à prétendre au bénéfice de l'immunité pénale s'ils ne se sont pas personnellement désistés. D'une manière générale, si la suspension de l'exécution est due à une cause à laquelle ils sont restés étrangers, il est évident qu'ils seraient mal venus à s'en prévaloir. Parce que l'auteur principal bénéficie de ce privilège, ceux-ci n'y ont donc pas pour autant nécessairement droit.

L'instigateur qui retire son mandat avant l'exécution du crime doit-il être considéré comme s'étant désisté volontairement? On ne saurait admettre que ce contremande-

¹ Voir à ce sujet : Arrêt du Tribunal de l'Empire allemand, 13 janvier 1881 ; idem, 6 juin 1882. — Cour de cassation de Vienne, N° 290, 921, etc.

ment suffise toujours à lui assurer l'immunité. En effet, supposons que, malgré ce contre ordre, l'auteur commette le crime dont l'exécution lui avait été confiée et qu'il soit prouvé, en outre, qu'il a agi sous l'influence de la provocation.

L'octroi de cette immunité est subordonné à la preuve que le délinquant a volontairement suspendu le développement des causes dont il attendait le résultat qu'il voulait produire. Comme il s'agit ici uniquement d'une question d'opportunité, si la loi fait une concession, elle demande une compensation. Or, dans ce cas, elle n'a pas été fournie; la loi ne saurait, dès lors, accorder la faveur dont elle récompense le désistement volontaire ¹.

La solution de la 2^{me} question que nous nous sommes posée réserve de très sérieuses difficultés.

Pour simplifier notre tâche et faciliter notre exposé, nous examinerons successivement et séparément, d'abord le cas où la tentative complexe offre un concours d'infractions, puis ceux dans lesquels elle ne constitue qu'un seul délit.

1^{re} Hypothèse. — Nous reprenons l'exemple analysé ci-haut. En pleine nuit, Primus met le feu à la maison habitée par l'ennemi qu'il veut faire périr. Déjà l'immeuble est en feu. Mais, au moment où l'horrible forfait va se consommer, poussé par un sentiment subit de pitié, il réveille celui dont il avait juré la perte et l'arrache ainsi à une mort certaine.

¹ Voir à ce sujet arrêt du 17 juin 1881 du Tribunal de l'Empire allemand. Der § 46 ist kein negatives Begriffsmerkmal des Versuchs sondern nur Strafaufhebungsgrund.

Est-ce que toute poursuite judiciaire contre Primus doit nécessairement tomber ? Tous les criminalistes reconnaissent que, dans les hypothèses où la tentative complexe constitue un concours d'infractions, la peine dont la loi punit le délit spécial contenu dans les actes d'exécution reste applicable au délinquant, bien qu'il puisse invoquer en sa faveur le désistement volontaire. A ce sujet, l'accord est complet entre la doctrine et la jurisprudence. Cette solution a été confirmée par de nombreux arrêts émanant des Cours supérieures de différents États ¹.

Dans cette hypothèse donc, l'immunité pénale n'étend pas ses effets au délit, au fait illicite distinct constitué par les actes d'exécution.

Rappelons ici encore le caractère essentiellement opportuniste de cette disposition. C'est une concession faite à certaines conditions. Or, celui qui remplit les réquisits nécessaires à l'obtention de cette faveur ne saurait prétendre à une immunité plus étendue que celle à lui promise par la loi. Il n'y a donc, dans cette construction, rien de contraire ni à la justice, ni aux principes de la saine logique.

Parmi les criminalistes qui se sont occupés de cette question, plusieurs, nous le savons déjà, voient dans l'immu-

¹ a) GARRAUD : « Droit pénal français, v. I, 385 ».

b) LIST, « Lehrbuch », 193.

c) ORTOLAN, « Eléments du droit pénal, v. I, 451 ».

d) ZACHARLÆ, *ouvr. cité*, I, 266, II, 256.

e) OPPENHOF.

f) BIRKMEYER, « Encyclop. ».

g) BECCARIA, « Traité des délits et des peines ».

h) TARENTO, « Del tentativo punibile », 110, 111.

i) Band 8, Nr. 814, p. 133. Sammlung straf. Entsch. des k. k. Cass.-Hofes Wien : « Die wegen freiwilligen Rücktritts eingetretene » Strafflosigkeit des Versuches schließt die Bestrafung des Täters nicht » aus, insoweit sich in den von ihm vorgenommenen Handlungen » der Tatbestand eines andern vollendeten Delikts darstellt. »

nité pénale accordée au désistement volontaire non une faveur, mais un droit. Même à ceux qui partagent cette opinion, la solution proposée doit paraître rationnelle.

Si même nous ne prenons nullement en considération le dol qui affecte ce délit spécial en en faisant le premier pas dans l'exécution d'un crime plus grave, les actes dont s'est rendu coupable le délinquant n'en contiennent pas moins les deux éléments constitutifs d'une seconde infraction : d'abord un élément matériel, les faits mis à la charge de l'agent, puis un élément immatériel, l'acte de la volonté qui y présida.

Ici, le délit spécial a une existence plus distincte que dans les hypothèses qui ne réunissent pas tous les éléments du concours d'infractions. C'est un fait illicite qui se détache mieux du complexe dont il est une partie, puisque dans l'exécution du crime résolu, l'agent pouvait parfaitement en faire abstraction.

L'acte par lequel la volonté s'est déterminée à les commettre a, partant, lui aussi, une existence distincte.

Nous constatons ici la violation de deux droits bien différents qui ne sont du tout le complément nécessaire l'un de l'autre et auxquels l'agent pouvait porter atteinte séparément par des actes distincts. Si donc, volontairement, il a violé l'un et l'autre de ces droits, il s'est rendu coupable d'une tentative et d'une infraction consommée. L'un disparaissant, il ne s'en suit point qu'il ne doive plus être tenu compte de l'autre. Du fait que la peine de la tentative est remise, on ne saurait donc inférer que le délinquant doive nécessairement être acquitté.

II^{me} Hypothèse. — Nous venons de relever la concordance parfaite existant entre la doctrine et la jurisprudence au sujet de la première hypothèse.

La seconde, au contraire, a provoqué une très vive controverse dont nous relèverons les points les plus débattus.

La solution de ce problème offre, du reste, plus d'une difficulté à résoudre. Ici, en effet, nous sommes en présence d'une seule infraction. Si la grâce octroyée étend ses effets à la totalité de ce délit, on ne saurait justifier l'application d'une peine à celui qui en est l'auteur.

La plupart des criminalistes cependant se refusent même dans cette hypothèse à considérer le désistement comme la source d'une immunité pénale absolue. Ils prétendent, au contraire, que le délit spécial n'en reste pas moins punissable.

L'opinion contraire n'a rencontré qu'un nombre très restreint d'adhérents.

Hätzig nous donne à la page 40 de sa dissertation intitulée « Über den Rücktritt vom Versuche und die sogenannte tätige Reue » (1897, Berlin) un résumé assez complet de la théorie dont nous voulons parler.

« Wenn in der Versuchshandlung zugleich der Tatbestand einer vollendeten Straftat enthalten ist, so bleibt dieselbe strafbar. Dieser Satz wird mit Recht auf den Fall beschränkt, wo das versuchte Verbrechen in Idealkonkurrenz steht mit einer vollendeten Straftat. Bildet aber das vollendete Verbrechen den notwendigen Durchgangspunkt für das Versuchte, liegt also bloße Gesetzeskonkurrenz vor, so kann das vollendete Delikt, welches durch das Versuchte konsumiert ist, nicht strafbar sein, weil hier strafrechtlich, überhaupt nicht eine Konkurrenz, sondern nur ein Delikt, das Versuchte vorliegt, das andere aber eine Bedeutung nicht mehr hat. »

Chez d'autres criminalistes, nous retrouvons cet argument sous la forme suivante. Dans l'hypothèse analysée, du point de vue du droit, un seul délit est relevant, une

tentative. Or, la loi a pardonné à la volonté coupable. Dès lors, même si les actes d'exécution peuvent être considérés comme un fait illicite distinct, le désistement volontaire ne laisse subsister qu'un élément matériel qui, à lui seul, ne saurait constituer une infraction.

L'immunité pénale étend, dès lors, nécessairement ses effets au délit spécial.

Avant de passer à la critique de ce syllogisme, l'étude de deux cas concrets va suffire à nous montrer à quelles conséquences ce système conduit.

1^{er} ex. Au cours d'une rixe, Primus frappe Secundus et le blesse grièvement. Traduit en tribunal criminel, il est condamné à deux mois de prison.

2^{me} Ex. Supposons maintenant que Tertius frappe Secundus dans l'intention de lui donner la mort. Il lui cause exactement les mêmes blessures dont il est question dans le cas ci-dessus, puis, touché par les supplications de la victime, il renonce à l'achèvement de son crime. Faisant application de la théorie patronnée par Hätzig, le juge acquittera nécessairement l'accusé. Tous deux pourtant sont coupables de la même infraction. Ils sont cependant traités tout différemment. L'un est condamné à la prison tandis que l'autre est libéré. Quelle est donc la cause de cette disparité de traitement ? Le résultat de ces deux actes est identiquement le même. Il existe, il est vrai, une différence, mais elle réside tout entière dans la divergence des intentions qui animaient leurs auteurs. L'un, en effet, voulait uniquement blesser son adversaire, tandis que l'autre a tenté de lui donner la mort.

C'est donc ce degré de perversité plus prononcé qui lui vaut ce pardon extraordinaire ! Parce que sa volonté fut plus coupable, il est traité plus miséricordieusement ! Les étranges conséquences auxquelles conduit nécessairement

ce système prouvent à l'évidence qu'il est injustifiable. L'application de ce principe serait la source d'injustices criantes ; la loi, dès lors, ne saurait l'admettre.

Schlecht ¹ voit dans la différence essentielle qui existe, selon lui, entre tentative et acte d'exécution, la raison pour laquelle le désistement volontaire ne saurait obtenir à l'auteur d'une tentative complexe la grâce de la peine applicable au délit spécial.

Pour lui, la tentative n'est autre chose qu'une volonté criminelle manifestée par des actes extérieurs. Ceux-ci n'en sont que la preuve ¹, comme la fumée décèle l'existence du feu. Avant que la plus légère atteinte au droit soit constatée, la tentative n'en peut donc pas moins déjà exister et le châtiment qui lui est applicable être encouru. Cette peine ne saurait dès lors comprendre celle réservée à des actes qui n'ont pas encore été posés.

Schlecht tire de ce raisonnement une conclusion. C'est que la peine infligée à la tentative ne vise que la répression de cette infraction prise dans son sens le plus abstrait. Il est tout naturel donc qu'elle puisse disparaître tout en laissant subsister celle réservée aux actes d'exécution.

Avec Schlecht nous reconnaissons que l'on ne saurait attacher le même sens aux deux expressions tentative et acte d'exécution ; mais nous ferons remarquer qu'une tentative ne saurait exister, abstraction faite des actes d'exécu-

¹ SCHLECHT, op. cit., p. 15, 16. « Der Versuch als solcher ist nichts Reales, er ist nur etwas Intellectuelles und unsern Sinnen wird er erst wahrnehmbar in den äußern Handlungen.....

«Der Versuch ist vorhanden, ehe die Körperverletzung, ehe die Sachbeschädigung zur Vollendung kommt, mit dem Auflauern, mit dem Gewehranlegen ist der Mordversuch gegeben, die Strafe ihrem ganzen Umfang nach verwirkt und es ist doch unmöglich, daß in dieser Versuchsstrafe auch diejenige absorbiert sei, enthalten sei, welche erst später zur Existenz gelangt. »

tion, puisque ceux-ci constituent précisément un de ses éléments essentiels.

Nous savons que la tentative se compose de deux éléments, l'un abstrait, l'autre matériel. C'est le dol et ce sont les actes d'exécution.

On ne saurait raisonnablement prétendre que ces derniers ne soient qu'une preuve de l'existence de la volonté coupable. En effet, ce sont précisément les actes d'exécution qui constituent la lésion du droit sans laquelle ne se conçoit point la tentative punissable. Or, c'est exclusivement de celle-là que s'occupe le droit pénal. Puisque la société n'a pas mission de punir la simple manifestation de la volonté coupable, la loi devait subordonner l'application du châtiment à l'existence d'un commencement d'exécution.

La peine prévue à l'art. 43 du Code pénal allemand vise la répression de la tentative tout entière. Les actes d'exécution s'y trouvent nécessairement englobés puisqu'ils en font partie intégrante.

Il n'est, du reste, pas de code qui fixe une peine applicable à la tentative prise dans son sens abstrait. La marge très vaste laissée par le législateur au juge dans le choix de la peine applicable à cette infraction s'explique précisément par la nécessité de pouvoir tenir compte du degré de développement de la tentative.

Puis, il ne faut pas oublier que les faits s'étant venus ajouter à ceux constituant les réquisits absolument indispensables à l'existence de la tentative, participent du caractère de gravité imprimé aux actes d'exécution par la volonté coupable du délinquant.

Si nous figurons par une ligne A. N. X. l'ensemble des actes d'exécution, la peine infligée à la tentative vise la répression de tous les faits échelonnés entre les points A et X et non point seulement ceux groupés le long de la section A-N. Nous supposons qu'au point N nous avons réunis

tous les éléments indispensables à l'existence de la tentative.

Si l'agent fait halte en ce point N, les actes que la loi se réserve, malgré le désistement volontaire, de punir comme infraction consommée, bénéficient aussi de l'immunité pénale accordée.

En effet, la grâce efface le cachet de gravité spéciale dont les avait marqués la volonté présidant à leur exécution. Si la faveur octroyée n'intéressait que les faits posés par le délinquant jusqu'au moment où il atteint au point N, ceux qu'il a commis depuis suffiraient à eux seuls à constituer une tentative puisqu'ils sont de vrais actes d'exécution.

L'assertion à la base du raisonnement de Schlecht est donc gratuite ; toute son argumentation repose sur une prémisse fausse et n'a, dès lors, aucune valeur. Force nous est donc de chercher ailleurs la *ratio legis* de cette disposition.

Des considérations d'ordre général sur la nature de la volonté jointes aux résultats obtenus par l'analyse des éléments constitutifs de la tentative complexe nous fourniront quelques lumières à ce sujet.

Remarquons d'abord que dans les cas où la tentative complexe ne constitue pas un concours d'infractions, le délit spécial en émerge avec des traits distincts moins accentués que dans l'hypothèse étudiée en premier lieu.

En effet, s'il semble à première vue que deux droits différents aient été lésés par les actes d'exécution, une dissection plus minutieuse des faits nous conduit à constater que l'existence de l'un de ces droits suppose nécessairement celle de l'autre.

Nous reprenons l'exemple donné plus haut. Tertius frappe Secundus dans l'intention de lui donner la mort. La première blessure n'offre aucune gravité. Il va refrapper lorsque, touché par les supplications de sa victime, Tertius renonce à consommer son crime. Il s'est donc rendu

coupable de lésions corporelles et d'une tentative de meurtre.

Mais, le droit à la vie suppose le droit à l'intégrité corporelle et l'on ne saurait porter atteinte au premier de ces biens sans violer le second.

Or, c'est précisément cette étroite connexité qui tend à faire croire qu'un seul droit, le droit à la vie a été lésé et que l'on ne saurait dès lors pardonner à la tentative sans faire totalement abstraction de la volonté coupable.

S'il en était ainsi l'immunité pénale effacerait tout entier l'élément immatériel. Il ne subsisterait donc à la charge du délinquant qu'un élément matériel. Or, à lui seul, celui-ci ne saurait constituer un délit.

Mais, parce qu'il est fait abstraction de l'intention coupable qui voyait dans ces actes l'exécution le commencement d'un crime, est-il bien vrai que tout élément immatériel disparaisse ? Il nous semble que rien ne justifie cette conclusion. A côté de cet acte de renonciation, à côté de ce lien que le délinquant a rompu, un autre fait demeure qu'il n'est plus en puissance de faire disparaître puisque sur lui il n'a plus aucune prise.

Suivons le délinquant pas à pas dans l'exécution de son criminel projet.

Dissimulé dans l'embrasure d'une porte, il épie celui dont il a juré la mort. Tout à coup, il l'aperçoit, et, brandissant son poignard, il se précipite sur lui et le frappe. Or, personne n'oserait prétendre qu'en ce moment l'agresseur n'ait pas la volonté de blesser celui qu'il assaille.

L'un après l'autre, l'agent veut successivement tous les actes dont il a précédemment décidé l'exécution en un seul et même acte de volonté.

Ces actes de volonté sont distincts de celui par lequel l'auteur a voulu simultanément les moyens et la fin vers laquelle ils tendent.

Parce que la loi considère comme rompue la relation qui exista entre les faits dont il s'est rendu coupable et le but final auquel il renonce, s'ensuit-il pour autant qu'on doive nécessairement faire abstraction des actes de volonté qui successivement présidèrent à l'exécution de chaque fait en particulier ?

C'est volontairement que l'agresseur porte atteinte à l'intégrité corporelle de celui dont il voulait la mort ; parce que la loi statue qu'après le désistement volontaire ces actes ne réunissent plus les éléments constitutifs de la tentative, est-on en droit de déduire que tout élément immatériel a disparu ?

La nature de la volonté et celle de ses actes ne permettent point cette conclusion.

L'acte, de la volonté pris en soi, subjectivement, est simple, puisqu'il est engendré par une faculté spirituelle, mais, pris objectivement, il est parfaitement susceptible d'être complexe.

Je puis vouloir simplement un acte qui objectivement est composé : la fin et les moyens quelques multiples qu'ils soient.

Bien que ma volonté veuille simultanément et la fin et les moyens, elle ne change pour autant ni la nature de la fin, ni celle des moyens.

Ainsi, dans l'exemple donné, parce que l'auteur veut, *modum unius*, les blessures comme moyens et la mort comme fin, ce qui peut se décomposer, objectivement, en meurtre et lésions corporelles, les deux choses, pour être unies très étroitement dans un acte unique de la volonté, n'en restent pas moins distinctes.

La volonté, dont les actes peuvent se succéder avec une instantanéité absolue, veut, au moment de l'exécution, successivement, donc séparément, chacun des moyens servant à l'obtention de la fin poursuivie. Elle opte à

mesure que l'auteur avance dans l'exécution pour les moyens qu'elle s'était proposée cumulativement avec la fin au moment où l'agent décidait et arrêtait la réalisation de son projet.

Nous sommes en présence d'une pluralité d'actes de la volonté. Parce que l'on veut bien faire abstraction du premier, de celui qui les résumait tous, il ne s'ensuit pas nécessairement que les autres perdent toute signification. Bien que la loi pardonne à la volonté coupable d'avoir voulu la mort de sa victime, il n'est pas obligé qu'il en dérive nécessairement, comme l'ont prétendu certains criminalistes, que l'élément immatériel tout entier doive disparaître.

Il résulte donc de ces quelques observations que dans tous les cas où les actes d'exécution constituent un délit spécial, la peine encourue de ce chef reste applicable au délinquant, bien que celui-ci se soit volontairement désisté.

Nous croyons, dès lors, avoir justifié les dispositions que les législateurs ont édictées en conformité de ce principe.

Le code allemand ¹ a renfermé dans un article dont la teneur est très vague les dispositions relatives à cette matière. La vive controverse provoquée par l'interprétation de cette formule prouve qu'il est de toute nécessité que la restriction dont nous voulons parler soit faite explicitement. Le législateur préviendra ainsi toute interprétation fausse et coupera court aux longues discussions que soulève inévitablement une rédaction moins claire.

¹ Art. 43. Der Versuch als solcher bleibt straflos.

CHAPITRE III

La tentative complexe constitue-t-elle une espèce particulière de tentative

Les recherches auxquelles nous nous sommes livré, l'étude analytique des différentes hypothèses qui résument tous les éléments constitutifs de la tentative complexe nous permettent de répondre maintenant à une question que l'on s'est peut-être posée depuis longtemps.

La tentative complexe constitue-t-elle une espèce particulière de tentative ?

Nous savons que dans tous les cas où les actes d'exécution constituent un délit spécial, nous serons en présence d'une tentative complexe. Peu importe donc que le délit spécial fasse ou non nécessairement partie intégrante de l'infraction que l'agent avait résolu de commettre.

D'autre part, la tentative comprend toute la chaîne des actes d'exécution qui s'étend du point qui marque le premier pas dans la voie du crime jusqu'à celui dès lequel le délit est considéré par la loi comme consommé. Dans cette hypothèse, dès lors, bien que les actes d'exécution, considérés objectivement, soient un délit spécial, aucun élément hétérogène n'est venu s'ajouter aux conditions absolument nécessaires à l'exécution de la tentative.

La tentative complexe n'est donc point une espèce particulière de tentative. Elle ne diffère que quantitativement de celle dont les actes d'exécution ne constituent pas un fait illicite distinct.

APPENDICE

La tentative complexe et l'avant-projet du code pénal fédéral.

— * —

Les dispositions relatives au sujet qui nous occupe sont groupées dans les deux paragraphes de l'art. 17. Nous les reproduisons textuellement :

« Art. 17, § 1. La peine sera atténuée (art. 40, § 1) à
« l'égard de celui qui aura tenté de commettre un délit ;
« elle pourra l'être à l'égard de celui qui aura commis un
« délit sans produire de résultat.

« Le juge atténuera librement la peine (art. 40, § 1)
« lorsque l'auteur aura tenté de commettre un délit par
« un moyen ou contre un objet de telle nature que la
« réalisation du délit n'était pas possible en pareilles cir-
« constances.

« Les actes préparatoires ne sont pas punissables.

« § 2. L'auteur qui, de son propre mouvement, se sera
« désisté de la tentative d'un délit n'encourra pas la peine
« prévue par la loi pour ce délit. »

Avant de passer à la critique de l'alinéa qui nous intéresse spécialement, nous formulerons quelques observa-

tions que nous suggère l'ensemble des dispositions contenues dans cet article.

Rompant avec le système adopté par tous les codes, l'avant-projet ne définit pas la tentative. Elle n'en dénombre même pas les éléments ¹.

Il est de règle que le législateur s'abstienne de définir. Nous croyons cependant qu'en cette matière il est dangereux de laisser au juge liberté intégrale d'appréciation. N'est-ce point grave imprudence que de reconnaître comme critère de vérité un concept qui risque d'être infiniment oscillant ? Nous voyons une source d'erreurs nombreuses dans la différence parfois foncière qui existe entre la notion juridique de la tentative et l'idée qui correspond à cette même expression dans la langue courante.

Ce système nous semble exposer fatalement qui aura commis une faute toute morale à devoir, dans certains cas, en répondre devant une autorité ayant mission de réprimer uniquement les actes qui revêtent un caractère antisocial.

Le dernier alinéa de l'art. 12 n'est-il pas peut-être un correctif impuissant à prévenir les conséquences fâcheuses que peut engendrer une disposition sollicitant des interprétations trop diverses.

Le premier alinéa paraît, en outre, contenir une anomalie. Il confère au juge la faculté de punir le crime manqué de la peine applicable à l'infraction consommée. Cette disposition empreinte d'une tendance toute spiritualiste ne saurait se bien justifier. Il ne serait effectivement pas aisé de construire une hypothèse même purement théorique où, par exemple, en considération des circonstances exceptionnellement aggravantes dans lesquelles le

¹ LILIENTHAL loue ce système dans sa critique du projet Stross. Voir *Zeitschrift für die gesamt. Strafrechtswissenschaft*. Band 15, anno 1897.

crime a été commis, il soit équitable d'infliger à l'auteur du crime manqué la peine dont on châtie le délit consommé.

Lilienthal veut laisser au juge la liberté d'appliquer le maximum de la peine réservée au crime consommé à celui que le hasard seul a empêché d'atteindre son but ; ce, parce que, dit-il, dans les deux cas, la faute morale est exactement la même.

Puisque la justification de la peine repose sur le droit que l'on reconnaît à l'Etat de maintenir l'ordre dans la société, il est évident qu'il doit exister un rapport direct entre la peine et la gravité du trouble social qu'elle est destinée à réprimer. Or, deux éléments concourent à produire ce trouble social, un élément matériel et un élément immatériel.

Comment, dès lors, l'un de ces éléments faisant partiellement défaut, justifierait-on la peine du crime consommé ?

Pour cette même raison, l'alinéa II ne nous semble pas non plus à l'abri de tout reproche. Il y aurait eu lieu, croyons-nous, de distinguer entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative ¹.

Suivant le système admis par les codes en vigueur dans les Etats voisins, l'avant-projet ne considère point la tentative complexe comme un délit *sui generis*. Il ne contient, dès lors, aucune disposition spéciale concernant la répression de cette infraction et la quotité de la peine applicable à celui qui s'en rend coupable.

Farinacius et, longtemps plus tard, Mittermayer, proposèrent une autre solution de ce problème. Ils voulaient que le juge qui reconnaissait un accusé coupable de tentative complexe fixât le châtiment à lui infliger, en considérant surtout la gravité du délit spécial contenu dans les actes

¹ C'est une difficulté qu'on aurait évitée en donnant la définition de la tentative.

d'exécution. Le fait que cette infraction est le commencement d'un autre crime constituait simplement pour eux une circonstance aggravante.

Quelques instants de réflexion suffisent à nous convaincre que cette solution présente de gros inconvénients.

Le besoin d'une disposition spéciale au sujet de la tentative ne se fait, du reste, nullement sentir dans la pratique.

Lorsque l'infraction consommée contenue dans les actes d'exécution constitue avec la tentative un cumul matériel, les principes qui régissent cette matière trouvent en cette hypothèse application. — Le juge combinera les dispositions relatives au délit consommé que le délinquant avait résolu de commettre avec celles concernant la tentative et le concours d'infractions (art. 17 et 45 de l'avant-projet).

Nous remarquons en passant que l'art. 45 consacre le principe général du non-cumul des peines. Mais, s'écartant de la solution adoptée par la plupart des codes, elle statue dans une seule et unique disposition sur le cumul matériel et le cumul immatériel qu'elle traite indistinctement. Dans les deux cas, la peine de l'infraction la plus grave doit seule être prononcée, mais le juge pourra, suivant les circonstances, l'élever jusqu'à la moitié en sus du maximum.

La commission a vu dans le concours immatériel une circonstance aggravante légale. Nous ne saurions blâmer cette conception puisque souvent le cumul idéal accuse une culpabilité plus grande que l'acte constituant une seule infraction.

Si, par contre, la tentative complexe ne renferme point les éléments d'un concours d'infractions, il est laissé au juge une marge suffisante, pour lui permettre de tenir compte, dans le dosage de la peine, du degré de développement des actes d'exécution et du fait qu'ils constituent un délit spécial.

C'est au § 2 que nous trouvons les dispositions concernant le désistement volontaire.

Art. 17, § 2. « Steht der
« Täter aus eigenem Antrieb
« von dem Verbrechen ab, so
« wird er von der Strafe, die
« auf dieses Verbrechen ange-
« droht ist, befreit. »

L'auteur qui, de son propre mouvement, se sera désisté de la tentative d'un délit n'encourra pas la peine prévue par la loi pour ce délit.

A première lecture, il semble qu'il n'y ait pas adéquation parfaite entre le texte français et le texte allemand.

L'expression française « tentative » n'est pas, en effet, la traduction littérale du terme allemand « Verbrechen » puisque, si la tentative constitue nécessairement une infraction, la réciproque n'est pas toujours vraie, toute infraction n'étant pas une tentative.

On pourrait croire, dès lors, que le texte allemand permet une interprétation plus large et permette de comprendre dans la sphère d'application de cette disposition des cas auxquels la version française ne saurait permettre d'étendre le bénéfice de l'immunité.

Une observation plus attentive démontrera cependant que cette divergence n'est qu'apparente.

La tentative comprend tous les actes extérieurs convergeant vers la réalisation du dessein formé par l'agent. Le teneur du texte français autorise dès lors le juge à mettre au bénéfice de l'immunité, tout délinquant qui se désiste avant d'avoir atteint au point dès lequel la loi considère l'infraction comme crime manqué.

Il est évident, d'autre part, que l'on ne saurait raisonnablement, dans aucun cas, faire une application plus large de cette disposition.

La divergence signalée n'a donc rien de réel et ne saurait, en pratique, donner lieu à aucune difficulté.

Ce deuxième alinéa n'est que la reproduction d'une

disposition que nous retrouvons dans les différents codes pénaux en vigueur dans les Etats européens. Aussi longtemps que l'infraction n'est pas encore consommée, le désistement volontaire assure donc à l'agent le bénéfice de l'impunité. A quelques exceptions près, les différentes lois dont nous avons reproduit plus haut les articles relatifs à cette matière, statuent expressément qu'ils entendent limiter à la tentative les effets de l'immunité promise.

Dans tous les cas donc où les actes d'exécution constituent un délit distinct la peine encourue de ce chef reste néanmoins applicable au délinquant.

L'avant-projet ne fait aucune restriction à ce sujet. Il ne contient aucune disposition spéciale concernant les cas où les actes d'exécution constituent un délit consommé.

Logiquement nous devons en conclure que la faveur promise doit avoir une portée tout à fait générale. Pour se mettre à l'abri de toute poursuite judiciaire, il suffira donc au délinquant accusé de lésions corporelles graves d'établir qu'au moment où il attaquait sa victime, il eut l'intention de lui donner la mort, mais qu'après l'avoir blessée, alors que rien ne l'empêchait de l'achever, volontairement il lui a fait grâce.

Nous avons formulé en leur temps les observations que nous avons à présenter à l'encontre de cette doctrine. Dans un article inséré au volume XV, page 291 de la *Zeitschrift für die gesamt. Strafrechtswissenschaft*, Lilienthal critique vivement cette disposition ¹.

¹ Der Stross'sche Entwurf eines schweiz. Strafg. Zeitschrift für die gesamt. Strafr., XV, S. 291 : .

Versuch steht, sagt das Gesetz nicht. Soll damit ausgedrückt sein, daß ein auf einen bestimmten Erfolg gerichteter Vorsatz nur als

Avec lui, nous croyons que les juges appelés à en faire application se heurteront à de très sérieuses difficultés.

Si cet article passe tel quel dans le code pénal fédéral, l'avenir nous dira, probablement, que le besoin d'une modification s'est promptement fait sentir.

solcher in Betracht kommt, daß der Mordversuch nicht als vollendete Körperverletzung, der Einbruchsversuch nicht als vollendete Sachbeschädigung bestraft werden kann ? Folgerichtig würde das sein ; ob die Praxis aber nicht daran Anstoß nähme, ist nicht so sicher.



TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

Précision du thème.	7
-----------------------------	---

CHAPITRE PREMIER

§ 1. Généralité	9
§ 2. De la tentative.	11
§ 3. Du délit consommé	22

CHAPITRE II

§ 1. Historique de la tentative complexe	25
§ 2. Droit romain	27
§ 3. Droits postérieurs.	33
§ 4. Droit germanique.	36
§ 5. Droit moderne.	38
§ 6. Littérature	38

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

§ 1. Analyse des différentes hypothèses réunissant tous les éléments de la tentative complexe	45
§ 2. I ^{re} hypothèse	47
§ 2. II ^{me} hypothèse	48

CHAPITRE II

Du désistement	57
--------------------------	----

CHAPITRE III

La tentative complexe constitue-t-elle une espèce particulière de tentative	81
---	----

APPENDICE

La tentative complexe et l'avant projet du code pénal fédéral	83
---	----



